

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

KARINI URBANO

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE DA (IM) POSSIBILIDADE DE
CONVERSÃO EM CASAMENTO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988.**

**CRICIÚMA
2013**

KARINI URBANO

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE DA (IM) POSSIBILIDADE DE
CONVERSÃO EM CASAMENTO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Israel Rocha Alves

CRICIÚMA

2013

KARINI URBANO

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE DA (IM) POSSIBILIDADE DE
CONVERSÃO EM CASAMENTO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 02 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Israel Rocha Alves – Titulação – UNESC – Orientador

Prof^a. Lurdes Rosa Spiazzi Fabris -Titulação - UNESC

Prof. Fabrício Guinzani - Titulação - UNESC

**Dedico este trabalho aos meus pais
Albertina Manente Urbano e José Davide
Urbano, por todo amor e dedicação para
comigo, e pelo incentivo em todas as
decisões e etapas da minha vida.**

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter iluminado meu caminho para que eu pudesse concluir mais uma etapa da minha vida;

Ao meu pai, José Davide Urbano, por todo amor e dedicação, homem que tenho o maior orgulho de chamar de pai, meu eterno agradecimento pelos momentos em que estive ao meu lado, me apoiando e me fazendo acreditar que nada é impossível. Pai amigo, batalhador, que abriu mão de muitas coisas para me proporcionar à realização deste trabalho.

A minha mãe Albertina Manente Urbano, por ser tão dedicada e amiga, por ser a pessoa que mais me apóia e acredita na minha capacidade. Meu agradecimento pelas horas em que me deu forças para continuar, sempre me mostrando que sou capaz de chegar onde desejo, sem dúvida foi quem me deu o maior incentivo para conseguir concluir esse trabalho;

A minha avó Anilde De César Cavaler Manente (*in memoriam*) por sempre ter torcido e rezado para que meus objetivos fossem alcançados, por ter sido minha estrutura familiar por todos esses anos. Uma pessoa que mostrou que muitas vezes um gesto marca mais do que muitas palavras, coração bondoso que dedicou toda sua vida a família. Por todo amor que me dedicou meu eterno amor e agradecimento;

Aos amigos que fiz durante o curso, pela verdadeira amizade que construímos, em particular aqueles que estavam sempre ao meu lado (Gabriela, Marciele, Mariane e Robson) por todos os momentos que passamos durante esses cinco anos e meio, meu especial agradecimento, sem vocês essa trajetória não seria tão prazerosa;

Ao professor Marcus Vinícius Almada Fernandes, por ter despertado minha atenção para o tema, pela sugestão de algumas leituras, e por seu apoio durante esta monografia.

Ao meu orientador Israel Rocha Alves, sou grata pela coragem de assumir esta monografia já em andamento, assim como pelas sugestões recebidas, obrigada por ter me ajudado no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que me levaram a execução e conclusão dessa monografia;

A todos os professores do curso de direito, por todos os ensinamentos disponibilizados nas aulas, cada um de forma especial contribuiu para minha

formação profissional;

A todos que contribuíram direta ou indiretamente para que este trabalho fosse realizado, meu eterno agradecimento.

“O que define o que é família ou não, não é a consanguinidade, mas, sim a predisposição de quem quer ficar do seu lado, cuidar de você e querer te ver feliz, acima de tudo.”

Renée Venâncio

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a (im) possibilidade de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil. Terão como enfoque alguns casos práticos como: a decisão do Supremo Tribunal Federal ocorrida em 2011 que reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, a obrigatoriedade das autoridades competentes ao cumprimento da resolução do Conselho Nacional de Justiça em não recusar a habilitação de casamento de casais homoafetivos, observando neste ponto qual a função do Conselho Nacional de Justiça e a força hierárquica de uma resolução dentro do ordenamento jurídico e, o posicionamento da 13ª Promotoria de Justiça do Estado de Santa Catarina no tocante ao casamento de pessoas do mesmo sexo, utilizando como fundamento a letra da Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988, à hierarquia das normas e a limitação da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Casamento. Pessoas. Igualdade. Sexo. Promotoria. Constituição.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
CC	Código Civil
CRFB/88	Constituição Federal
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
MP	Ministério Público
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
MPE	Ministério Público dos Estados
MPF	Ministério Público Federal
MPM	Ministério Público Militar
MPT	Ministério Público do Trabalho
MPU	Ministério Público da União
PGR	Procuradoria Geral da República
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 FONTES DO DIREITO	13
2.1 FONTES MATERIAIS.....	13
2.2 FONTES FORMAIS	14
2.3 ESPÉCIES DE LEIS E SUA HIERARQUIA.....	15
2.3.1 Os Direitos Fundamentais	19
2.3.1.1 <i>O Princípio da Dignidade Humana</i>	<i>23</i>
2.3.1.2 <i>O Princípio da Igualdade.....</i>	<i>25</i>
3 ÓRGÃOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	28
3.1 ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO	29
3.1.1 Supremo Tribunal Federal.....	29
3.1.2 Superior Tribunal de Justiça.....	30
3.1.3 Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais.....	30
3.1.4 Tribunais e Juízes do Trabalho.....	30
3.1.5 Tribunais e Juízes Eleitorais.....	31
3.1.6 Tribunais e Juízes Militares.....	31
3.1.7 Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.....	32
3.1.8 Conselho Nacional de Justiça.....	32
3.2 CONTROLE ADMINISTRATIVO DO JUDICIÁRIO	33
3.2.1 O Conselho Nacional de Justiça.....	33
3.2.1.1 <i>Conposição do CNJ.....</i>	<i>34</i>
3.2.1.2 <i>CNJ e suas atribuições.....</i>	<i>35</i>
3.2.1.3 <i>Estrutura organizacional do CNJ.....</i>	<i>37</i>
3.2.2 O Conselho Nacional do Ministério Público.....	38
3.2.2.1 <i>Conposição do CNMP</i>	<i>40</i>
3.2.2.2 <i>CNMP e suas atribuições institucionais.....</i>	<i>41</i>
4 CASAMENTO HOMOAFETIVO E O POSICIONAMENTO DA 13ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA	43
4.1 CASAMENTO E O SEU RITO.....	43
4.2 ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS MINISTROS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4277 E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 132	44

4.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.....	45
4.2.2 O Voto.....	46
4.3 O POSICIONAMENTO DA 13ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	50
5 METODOLOGIA	55
6 CONCLUSÃO	566
REFERÊNCIAS.....	577
ANEXO(S).....	622

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo verificar a (im) possibilidade de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil à luz da Constituição Federal de 1988.

Para ter a concretização deste objetivo, torna-se necessário um breve estudo das origens primárias do Direito, e é no primeiro capítulo que tais origens serão descritas e divididas como fonte material e fonte formal. Neste mesmo capítulo, será tratado sobre a coluna vertebral do ordenamento jurídico, ou seja, a lei e suas espécies, que serão divididas entre normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais. Todas serão colocadas de forma hierárquica. O tópico seguinte irá tratar dos Direitos Fundamentais, e a maneira como tais direitos foram alcançados. Dentro deste tópico, será acrescentado três princípios fundamentais, que facilitará o entendimento de toda pesquisa, quais sejam: o princípio da dignidade humana que é o princípio mais universal de todos, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade, todos defendidos pela Constituição Federal.

No segundo capítulo será tratado sobre os órgãos de controle da atividade jurisdicional, ou seja, os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com a sua função específica e independente. Por ser este último o órgão mais importante para entendimento deste trabalho, haverá uma explanação de todos os órgãos que constituem o Judiciário explicando as atribuições de cada um.

O tópico seguinte irá tratar as formas de controle administrativo do judiciário, sua composição, atribuições e competências. Torna-se importante descrever esta forma de controle, porque foram criados representando uma espécie de reforma do judiciário, que será explanado ao longo do capítulo.

O terceiro e último capítulo, tratará a razão da elaboração deste trabalho. É neste capítulo que será abordado se existe ou não a possibilidade de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil. Será analisado a questão do rito do casamento, a forma em que ocorre a habilitação e de que maneira tal ato influencia na realização do casamento, para posteriormente entender o posicionamento da 13ª Promotoria de Justiça do Estado de Santa Catarina. No tópico seguinte será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva como casamento, e ainda, a obrigatoriedade das autoridades competentes ao cumprimento da Resolução do

Conselho Nacional de Justiça em não recusar a habilitação de casamento de casais homoafetivos.

Por fim, será analisado o posicionamento da 13ª Promotoria de Justiça do Estado de Santa Catarina no tocante à possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, e os fundamentos utilizados para a impugnação do ato.

2 FONTES DO DIREITO

Empregada como metáfora, a palavra fonte provém do latim, *fons, fontis*, a qual significa nascente de água (NADER, 2013). Tal termo é utilizado justamente para indicar a origem primária do direito, os fatores reais que de fato influenciaram o aparecimento da norma jurídica (DINIZ, 2011).

Segundo Mascaro (2013), para ter a ideia de coerência no ordenamento jurídico torna-se necessário saber de onde surgem as normas. Por esse motivo existe a classificação das fontes, que é abordada de duas maneiras: fontes materiais e fontes formais.

2.1 FONTES MATERIAIS

Para Nader (2013, p. 142), as fontes materiais são os acontecimentos históricos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos. Logo, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem da sociedade ao longo do tempo, podendo muitas vezes serem transformadas em normas jurídicas, com objetivo de defesa de valores essenciais da sociedade (DINIZ apud VIANA, 2000)¹.

As fontes materiais podem ser vistas claramente no processo de criação das normas legislativas. Por exemplo, ao apresentarem ou discutirem projetos de leis, os deputados e senadores são influenciados pelas fontes materiais, cujos resultados determinam os termos de uma nova lei (FERREIRA, 2012).

Então, as fontes materiais se encontram no plano dos acontecimentos sociais, como fatos da realidade social influenciando a criação do direito na sociedade (DIMOULIS, 2013). O fato de o direito coexistir com a sociedade, faz com que tudo que influi sobre esta, influencie também o direito.

Em outras palavras, as fontes materiais consistem no conjunto de valores e de circunstâncias sociais que contribuem para a formação das normas jurídicas.

¹ VIANA, Fabiano. *Fontes do Direito*. 2000. Disponível em: <<http://educandoopolicia1.blogspot.com.br>> acesso em: 02 de out. 2013.

Então, se as normas jurídicas têm os mais variados conteúdos, se dá por meio das convicções e necessidades de cada época (DINIZ, 2011).

2.2 FONTES FORMAIS

Quando alguém procura um advogado e relata determinado conflito, o advogado não faz estudos sociológicos a fim de defender os direitos de seu cliente. O juiz ao elaborar a sentença não usa como critério estudos históricos. Em ambos os casos, os juristas necessitam de uma fonte mais imediata e segura e essa fonte é chamada de fonte formal (FERREIRA, 2012).

No dizer de Dimoulis (2013, p. 164), cada ordenamento jurídico possui suas fontes formais. E são chamadas de formais porque dão forma ao direito, exteriorizam as normas jurídicas as tornando conhecidas.

São fontes formais diretas do direito, as normas gerais e impressas, editadas para um número ilimitado de pessoas, ou seja, as leis. Essas constituem a principal fonte do direito.

Entram neste grupo as normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais. Entram ainda na classificação das fontes formais diretas, os costumes. Aqueles que o seu uso continuado é cumprido com rigor, tão respeitado que se instala como se tivesse força de lei (TERRA, 2012).

No tocante as fontes formais indiretas, estão às doutrinas e as Jurisprudências. São chamadas de fontes indiretas, pois estas decorrem da norma jurídica, e as fontes formais diretas são os fatores reais que influenciam o aparecimento e criação da lei (DINIZ, 2011), ou seja, indireta pois não decorrem diretamente do Poder Legislativo.

As doutrinas são teorias trazidas em livros desenvolvidos por estudiosos do Direito, que visam à interpretação das leis e preceitos jurídicos. E a jurisprudência é o conjunto de decisões proferidas pelos tribunais de segunda instância resultante da aplicação da norma a casos concretos. São decisões que uniformizam as decisões judiciais.

2.3 ESPÉCIES DE LEIS E SUA HIERARQUIA

O termo lei provém do latim e de forma ampla é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo qualquer norma jurídica na forma escrita ou costumeira (DINIZ, 2011).

Analisando através da forma estrita ou técnica, a lei indica apenas a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo. É considerada a coluna vertebral dos ordenamentos jurídicos (DIMOULIS, 2013).

Ou ainda, no dizer de Nader (2013, p.148), lei é “o preceito comum e obrigatório, emanado do Poder Legislativo, no âmbito de sua competência”.

Dimoulis (2013) afirma que no direito moderno são utilizados quatro requisitos para indicar todas as normas jurídicas. As normas devem ser escritas, entrar em vigor por decisão das autoridades estatais competentes, forem estabelecidas em conformidade com o procedimento fixado em normas superiores, e por ultimo, ter como objetivo regulamentar a organização da sociedade, apresentando alto grau de generalidade e abstração.

Portanto, as regras criadas por meio de costumes populares, decisões do judiciário, ou opinião dos juristas são excluídas do conceito de lei. Ou seja, jurisprudência e doutrina, não são leis.

No Brasil vigora o princípio da Supremacia da Constituição, ou seja, as normas constitucionais estão num patamar de superioridade em relação às demais leis (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011). Cabe lembrar que Hans Kelsen foi quem desenvolveu essa ideia de pirâmide jurídica².

Assim, as normas podem ser separadas em três grupos: normas constitucionais, normas infraconstitucionais e normas infralegais. As normas constitucionais são hierarquicamente superiores às infraconstitucionais que são da mesma forma superiores às normas infralegais (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011).

Dentro do grupo das normas constitucionais estão a Constituição da República Federativa do Brasil, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), as Emendas Constitucionais, os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos.

² FONTES do Direito. Disponível em <<http://tstanavanda.wikispaces.com>> acesso em 03 de out. 2013

No topo deste primeiro grupo, está a Constituição da República Federativa do Brasil, também chamada de Constituição Federal, que foi publicada em 05 de outubro de 1988. Foi criada para iniciar uma nova etapa no país com a criação de novas normas orientadoras e baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana. Tem-se o que se chama de poder constituinte originário (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011). Esta norma se sobrepõe a todas as demais normas integrantes do ordenamento, ou seja, possui a maior força jurídica no âmbito do ordenamento nacional e invalida as leis que não estejam em harmonia com ela. A Constituição fixa as regras básicas de organização do poder estatal, contém normas que prescrevem a produção de outras normas, e ainda, apresenta princípios que servem de guias supremos ao exercício das competências impositivas (DINIZ, 2011).

Na segunda norma do grupo de normas Constitucionais, está o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) foi elaborado com o objetivo de regulamentar o período de transição que se dá entre a velha Constituição para o regime jurídico estabelecido pela nova Constituição (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011). Para cumprir o objetivo a maioria dos dispositivos traz normas temporárias. Além disso, existe a possibilidade de alteração, pois não são cláusulas pétreas (CAVALCANTI, 2011).

A terceira norma do grupo são as Emendas Constitucionais, estas inovam a Constituição, quer modificando, quer editando novos preceitos. Mas, considerando a rigidez da Constituição, a alteração exige um processo mais dificultoso (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011). O próprio texto Constitucional em seu art. 60 (BRASIL, 1988) regulamenta o processo e as limitações da criação de emendas. A emenda deve ser aprovada por três quintos dos membros das Casas Legislativas e a observância de alguns requisitos processuais. O poder da emenda é limitado, pois não pode abolir as normas fundamentais da Constituição (DIMOULIS, 2013, p.170).

E a quarta norma, são os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, são normas que ingressarão em nosso ordenamento com status constitucional, ou seja, existe a mesma complexidade de votação para a sua retirada (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011).

No segundo grupo estão as normas infraconstitucionais. São normas legais, mas, hierarquicamente inferiores à constituição. As normas

infraconstitucionais não podem prever nada além do que dita o texto constitucional. Neste grupo está a Lei Complementar, a Lei Ordinária, a Lei Delegada, a Medida Provisória, o Decreto Legislativo, As Resoluções, e os Tratados e Convenções Internacionais em geral.

A Lei Complementar tem a exigência da aprovação da maioria absoluta dos membros das Casas Legislativas, ou seja, o primeiro número inteiro superior à metade dos membros conforme art. 69 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e em seguida ser sancionada pelo Presidente da República. Tal lei é limitada a regulamentar alguns assuntos indicados pela própria Constituição (DIMOULIS, 2013, p.168). Em sua maioria, a matéria tratada por Lei Complementar se refere a segurança pública ou de ordem financeira (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011).

A segunda Lei do grupo é a Lei Ordinária, estabelecida pelos artigos 47, 59, 61 e 66 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), deve ser aprovada pela maioria simples do Congresso Nacional, ou seja, o primeiro número inteiro superior à metade dos membros do Congresso Nacional e aceita pelo Presidente da República (BRASIL, 1988). Tal lei poder regulamentar qualquer assunto que não seja privativa de outras autoridades, ou seja, o que não é regulamentado por Lei Complementar, Decreto Legislativo, e Resoluções. (DIMOULIS, 2013, p.168).

A terceira é a Lei Delegada é a espécie de ato normativo elaborado pelo Presidente da República após autorização do Congresso Nacional, ou seja, há a transferência do Poder Legislativo para o Poder Executivo (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011). Existem, porém algumas restrições indicadas pelo art. 68, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) entre as matérias que podem ser regulamentadas pela Lei Delegada (DIMOULIS, 2013, p.169).

Diniz (2011) afirma que a Medida Provisória não é Lei. É ato criado pelo Poder Executivo, com força de Lei, e sem autorização do Legislativo, mas, só pode ser adotada em caso de relevância do interesse público e urgência sendo submetida de imediato ao Congresso Nacional (DIMOULIS, 2013). O prazo de vigência é de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma única vez, por mais 60 (sessenta) dias. Ao final deste prazo sendo aprovada pelo Congresso se converte em Lei Ordinária, e em caso de não aprovação, perde a validade (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011).

O quinto do grupo de normas infraconstitucionais está o Decreto Legislativo, este é de competência exclusiva do Congresso Nacional, ou seja, todos

os atos devem ser autorizados pelo Congresso, e não é remetido ao Presidente da República para ser sancionado, sendo promulgado pelo presidente do Senado Federal, que manda publicar (DINIZ, 2011, p. 308).

Conforme art. 49 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) O Decreto Legislativo deve ser aprovado por maioria simples, sobre matéria de sua exclusiva competência, como por exemplo, ratificação de tratados e convenções internacionais e de convênios interestaduais, autorização de referendo (DINIZ, 2011; DIMOULIS, 2013).

No dizer de Dimoulis (2013), a Resolução é de competência exclusiva da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Os atos estão descritos nos artigos 51, 52, 155, § 2º, IV e V da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Como o Decreto, a Resolução também não necessita de sanção do Presidente da República.

Diniz (2011, p.309) indica alguns exemplos de Resolução como:

[...] questões concernentes à licença ou perda de cargo por deputado ou senador, à fixação de subsídios, à determinação de limites máximos das alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação (CF, art. 155, II, e § 2º, IV), por proposta de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos senadores.

E os Tratados e Convenções Internacionais em geral, são normas criadas por acordo internacional, que são incorporadas ao direito brasileiro mediante Lei ou ato de Emenda Constitucional (DIMOULIS, 2013). A diferença entre essas normas e os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, está no procedimento da denúncia, em que estas últimas seguem um procedimento solene, dependem de autorização do Congresso Nacional, e os Tratados e Convenções Internacionais em geral, podem ser denunciados normalmente pelo Executivo, sem autorização do Congresso (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011).

No terceiro grupo de normas, estão as Normas Infralegais. Estas são inferiores hierarquicamente aos dois grupos acima descritos. As Normas Infralegais, nos dizeres de Bittencourt e Clementino (2011), nascem do burocrata administrativo. São normas secundárias e não tem o poder de gerar direitos e impor obrigações (ROCHA, 2005). Dentro deste terceiro grupo, estão os Decretos, Portarias, e Instruções Normativas.

Os Decretos são normas gerais, abstratas e impessoais, elaboradas pelo Presidente da República, para executar fielmente uma lei já existente, sem contrariar qualquer disposição de lei (DINIZ, 2011).

As Portarias são normas gerais que o órgão superior edita para instrução de procedimentos relativos à organização e funcionamento de serviços. Diga-se órgão superior, os Ministros ou outras autoridades de alto escalão (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011).

As Portarias nos dizeres de Diniz (2011), veiculam comandos administrativos gerais e especiais, servindo para abrir sindicância e inaugurar procedimentos administrativos.

E as Instruções Normativas são emitidas por um Ministro de Estado, tem a função de explicar de que forma deverá ser cumprido o que esclarece a portaria. Oliveira³ afirma que a Instrução Normativa pode ser definida como um ato puramente administrativo e que tal ato nunca poderá inovar o ordenamento jurídico, e tão pouco colidir com Leis ou decretos.

Em síntese, não existe hierarquia entre normas que compõe o mesmo grupo, o que acontece são campos de atuação específicos, diferenciados entre as normas de um mesmo grupo. A hierarquia existe entre os três grupos acima descritos, ou seja, as Normas Constitucionais em grau superior, abaixo desta, as Normas Infraconstitucionais, e abaixo desta, as normas infralegais (BITTENCOURT; CLEMENTINO, 2011).

2.3.1 Os Direitos Fundamentais

A civilização humana percorreu um longo caminho, até conquistar os direitos fundamentais do homem. E é impossível a compreensão dos direitos fundamentais sem se remeter a história (SILVA, 2012), pois, não foram frutos apenas de pesquisas acadêmicas, mas, de lutas contra o poder, contra a opressão (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Segundo o que afirma Bobbio (1992, p. 5):

³ OLIVEIRA, Lenice Iolanda de. A Lei e a Instrução Normativa, A força da Instrução Normativa. Disponível em <<http://www.rochamarques.com.br/artigos>> acesso em 06 de out. 2013.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Por esse motivo, já que tais direitos não constituem uma descoberta repentina, há necessidade de se fazer um breve histórico.

Alguns doutrinadores jusnaturalistas entendem que os direitos humanos são frutos da própria qualidade de pessoa humana, pelo fato dela pertencer a essa espécie (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Quanto aos direitos fundamentais, esses nasceram com a positivação dos direitos humanos e foram reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948 (PLACIDINA)⁴.

Sobre o assunto Bonavides (2008, p. 574) diz que:

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese. Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos.

Os direitos fundamentais sofreram grandes influências das Revoluções inglesa, francesa e americana (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Com a evolução dos direitos fundamentais, Silva (2012) divide em três fases:

A primeira fase remonta ao mundo feudal onde a grande influência das sociedades é o pensamento teocêntrico, ou seja, a Igreja. A segunda fase tem vigência do Estado Absoluto, onde através de Thomas Hobbes são superadas as idéias teocráticas. E a terceira fase evoluiu com muitos marcos históricos, desde a Democracia Liberal, passando pela Democracia Social, até os dias atuais. (SILVA, 2012).

Quanto à evolução dos direitos fundamentais o conhecimento convencional entre os doutrinadores, são classificados em gerações ou dimensões. São elas:

⁴ PLACIDINA, F. Direitos fundamentais sociais frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br>>. Acesso em 11 de nov. 2012.

Na primeira geração, estão os direitos do indivíduo frente ao Estado, e os direitos de defesa (SILVA, 2012), caracterizados pela limitação da intervenção estatal bastante influenciada pelos grandes movimentos como a Revolução Francesa (1798) e as ideias do iluminismo. Foi à fase do engrandecimento dos direitos da liberdade (SILVA, 2012) onde se encontram os direitos individuais (BARROSO, 2009).

Esses direitos, já se consolidaram em toda parte onde são reconhecidos os direitos fundamentais, estando presentes em todas as Constituições civis democráticas.

Segundo Tavares (2003, apud PLACIDINA)⁵:

Neste primeiro conjunto de direitos, por exemplo, encontram-se a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência. Também pertencem à primeira dimensão liberdades de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição sobre a propriedade, etc. Já as liberdades políticas referem-se à participação do indivíduo no processo do poder político. As mais importantes são as liberdades de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de controlar os atos estatais e, por fim, o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições.

A segunda geração surgiu no final do século XIX consolidada após a 1ª Guerra Mundial (1914-1918) está ligada aos direitos sociais, econômicos e culturais (BARROSO, 2009). Segundo o que afirma Paulo Lins e Silva (2012) já não está mais no Estado Liberal, mas no Estado Social. Foi a geração conquistada como corolário da liberdade em geral no intuito de melhor equilibrar a sociedade.

Conceituados por Araújo (2005, p. 116), da seguinte forma:

[...] os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos –, os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minorização dos problemas sociais.

A terceira geração, já ao final do século XX, é a geração dos direitos fundamentais, que se materializa após a 2ª Guerra Mundial (1939-1945), devido a

⁵ PLACIDINA, F. Direitos fundamentais sociais frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br>>. Acesso em 11 de nov. 2012.

uma preocupação internacional voltada para a proteção aos direitos da dignidade da pessoa humana, já que havia uma instabilidade entre os países que ameaçava à tranqüilidade universal.⁶

Nesta fase o Estado Social se transforma efetivamente em Estado Democrático de Direito, e seus valores voltam-se para preservação da dignidade humana (SILVA, 2012).

Essa é a trilogia clássica dos Direitos Fundamentais que a doutrina constitucional reconhece. Porém, já se fala em uma quarta geração, que compreende o Direito ao desenvolvimento a democracia e a informação (BARROSO, 2009). O argumento utilizado para esta quarta geração é de que os direitos fundamentais precisam acompanhar a globalização que, pondo fim às fronteiras entre os países, exigem sua universalização (BONAVIDES, 2008).

Tem-se ainda, uma quinta geração que se refere aos Direitos relacionados a Internet, a Soberania entre os povos, a Paz Mundial, entre outros (SILVA, 2012). E recentemente, se afirma a existência de uma sexta dimensão, consubstanciada no direito fundamental de acesso a água potável⁷.

Essas últimas três, ainda não têm reconhecimento constitucional positivado. Porém, todas as gerações têm como objetivo uma maior proteção humana (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Com o passar do tempo, se deixou de lado a postura formal das Constituições e o próprio Estado, e se iniciou a busca por uma igualdade material através do reconhecimento e proteção dos desiguais (NAHAS, 2006). Muitas dessas transformações são frutos da identificação dos direitos humanos como valor fundante da pessoa humana, ensejando um alargamento nos direitos merecedores de tutela (DIAS, 2007).

Por causa dessa evolução, os direitos fundamentais estão cada vez mais presentes nos tratados internacionais, comprometendo-se a melhorar as condições de vida do homem.

No Brasil, aos poucos, os direitos fundamentais também foram implementados na Constituição Federal, dando proteção á vários direitos e garantias

⁶ PLACIDINA, F. Direitos fundamentais sociais frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br>>. Acesso em 11 de nov. 2012.

⁷ PLACIDINA, F. Direitos fundamentais sociais frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br>>. Acesso em 11 de nov. 2012.

fundamentais, tornando-se, realidade para os cidadãos, como uma busca de justiça social no país.

Ocorre que a doutrina constitucional, quando se refere aos direitos essenciais da pessoa humana, se utiliza de inúmeras terminologias, que acabam confundindo os próprios doutrinadores, tais como, direitos naturais, direitos morais, direitos humanos, direitos fundamentais e inúmeros outros (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Devido a essa confusão de terminologia, muitos doutrinadores quando se referem aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, demonstram serem sinônimos. Contudo, o termo direitos humanos é muito amplo, e por esse motivo torna-se necessário fazer uma breve diferenciação dos direitos fundamentais para não dificultar o reconhecimento e a proteção de tais direitos.

Segundo Sarlet (2005, p. 35-36):

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.

No mesmo sentido Siqueira e Piccirillo (2009), entendem que os direitos humanos são utilizados para identificar os direitos inerentes à pessoa humana na ordem internacional, enquanto que a expressão, direitos fundamentais refere-se ao reconhecimento de tais direitos, normalmente reconhecidos por uma constituição.

2.3.1.1 *O Princípio da Dignidade Humana*

O “Preâmbulo” da Constituição Federal de 1988 deixa claro que a Constituição está destinada a assegurar os direitos sociais e individuais, além dos princípios fundamentais, como valores supremos de uma sociedade pluralista e sem preconceitos. (BRASIL, 1988).

O princípio da dignidade humana tem tamanha relevância, que foi firmado logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, antes mesmo da

Organização do Estado. Assim, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República brasileira, é certo que a Carta Magna deve ser interpretada de acordo com tal princípio.

Porém, o art. 1º, III da Constituição Federal/88, não diz o que é a dignidade humana, somente a indica como um dos princípios constitucionais e que uma das finalidades é que este princípio seja preservado pelo Estado brasileiro (PEREIRA, 2004).

Por ser um princípio ético, norteando vários outros princípios e sendo um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, não há como imaginar um ser humano sem dignidade, porque o valor que faz do homem um ser superior às coisas é a dignidade (PEREIRA, 2004).

Segundo Rocha (2000, apud PEREIRA, 2004, p. 68), a dignidade humana passou a ser princípio e fim do direito, pois além de ser idéia de justiça humana, independe de merecimento, pois é inerente à vida e, portanto, é um direito pré-estatal.

Ocorre que, se hoje, a dignidade humana é um princípio constitucional, é devido a uma conquista histórica (PEREIRA, 2004) não constituindo, portanto, uma descoberta repentina, mas, a adaptação à própria evolução da sociedade (SILVA, 2012).

Com essa evolução, a Constituição Federal deixou de ser somente uma carta político organizacional do Estado para se tornar garantia dos anseios sociais e individuais (NAHAS, 2006). Tanto, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, e optando-se pela pessoa, acabou provocando a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, colocando a pessoa humana no centro protetor dos direitos (DIAS, 2007, p. 59-60).

Sendo, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio mais universal de todos, é um macro princípio do qual se irradiam inúmeros outros, como solidariedade, cidadania, igualdade, liberdade, uma coleção de princípios éticos.

2.3.1.2 O Princípio da Igualdade e da Liberdade

Em um regime democrático de direito, todos são merecedores de tutela jurídica, isso é o que diz a Constituição Federal ao consagrar os princípios da liberdade e da igualdade e proclamar respeito à dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2011).

A Constituição se preocupou em não haver discriminações, de qualquer ordem, deferindo a liberdade e igualdade especial atenção (DIAS, 2011), tanto que foram consagrados já no preâmbulo da Constituição.

Dias (2007, p. 183) afirma que:

O princípio norteador da Constituição, que baliza o sistema jurídico, é o que consagra o respeito à dignidade humana. O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado de igualdade e da liberdade, estampado já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Por ter a Constituição uma essência primordialmente tradicional, lacunosa ou como diz Feitosa (2011), menos indiferente às metamorfoses sociais, se faz necessário pensar em alguns conceitos que são tão utilizados, mas, não são esclarecidos.

Nesse sentido Medeiros (2008, p. 26), afirma:

[...] se faz necessário (re) pensar conceitos que parecem tão óbvios e que são utilizados corriqueiramente, em uma repetição da obviedade das obviedades, que por serem tão óbvias costumam não ser esclarecidas, a exemplo das idéias de igualdade, liberdade [...].

O silêncio do legislador, com relação à observância de tratamento igualitário, em diversas situações do cotidiano, pode abrir precedente para a discriminação, mas a ausência de lei, não significa ausência de direito.

Segundo Dias (2007, p. 186-187):

A omissão do legislador leva ao surgimento de um ciclo vicioso. Diante da inexistência da lei, a justiça rejeita a prestação jurisdicional. Sob a justificativa de que não há uma regra jurídica, negam-se direitos. Confundem-se carência legislativa com inexistência de direito. O juiz não pode excluir direitos alegando ausência de lei. Olvida-se que a própria lei reconhece a existência de lacunas no sistema legal, o que não o autoriza a ser omissor. O juiz desrespeita a lei e deixa de cumprir com seu dever toda vez que nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei.

Portanto nenhum juiz pode se omitir do dever de julgar (DIAS, 2011), pois quando existem lacunas na lei ou não existem leis, o juiz tem que se utilizar de outras ferramentas para interpretação como a analogia, os princípios e costumes (FEITOSA, 2011).

Com referência ao princípio da liberdade, a EC 1/69 em seu art. 153, assegurava, nos mesmos termos que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a liberdade consiste em “poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem”, como os exercícios naturais de cada homem (CRETELLA JR, 2000, p. 204), ou seja, todas as pessoas têm direito de escolher o seu parceiro (a), independente de sexo, bem como o tipo de entidade para formar sua família (DIAS, 2011).

Ao princípio da liberdade, Feitosa (2011)⁸ afirma que:

Não exerce o direito à liberdade aquele que se esconde da sociedade para não ser denegrido, vivenciando dramas psicológicos extremamente nocivos à saúde mental, violando-se para não violar paradigmas sedimentados pela hipocrisia social.

Ao lado deste, está o princípio da igualdade, que é uma garantia de tratamento e proteção igualitária a todos os cidadãos (MEDEIROS, 2011).

Todos os indivíduos se encontram desnivelados, devendo haver o tratamento desigual para os casos desiguais, na medida em que se desigualam (MANGABEIRA apud CRETELLA JR, 2000), pois, tratar os iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade de modo algum seria igualdade real. (DIAS, 2009, p. 64).

Portanto, toda situação de desigualdade que ainda existe deve ser considerada inconstitucional, pois não haverá compatibilidade com os valores que a nossa Lei Maior proclama. Além disso, se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade (PEREIRA, 2004).

Este princípio nas palavras de Maria Berenice Dias (2007, p. 62) “é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito”.

Tal princípio se divide em dois planos distintos. De um lado, a edição de leis, atos normativos, medidas provisórias por parte do próprio legislador, impedindo o tratamento diferenciado a pessoas em situações idênticas, e de outro lado, a

⁸ FEITOSA, I. B. As uniões homoafetivas e os princípios e garantias constitucionais, 2011. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>> acesso em 11 de nov. 2012.

obrigatoriedade de aplicação de maneira igualitária, sem diferenciação em razão de sexo, convicções filosóficas, política, religião, raça, classe social (DINIZ, 2009).

Necessário citar o art. 5º, XLI da CRFB/88 em que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2012).

Portanto, se todos são iguais perante a lei, ninguém pode ser excluído do laço social (PEREIRA, 2004).

3 ÓRGÃOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Montesquieu⁹, para evitar os governos tirânicos desenvolveu a idéia de separação da máquina política, a chamada Teoria da Separação dos Poderes. Tal teoria foi criada para evitar o absolutismo monárquico, ou seja, evitar que o poder permanecesse centralizado nas mãos de uma só pessoa. Dessa forma criou o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com a sua função específica e independente¹⁰.

O Poder Executivo que é aquele responsável pela administração pública de uma nação, chefe de estado, chefe de governo, rei ou presidente. No caso do Brasil o responsável é este último, escolhido por votação direta. Ainda, por ser um regime democrático, o presidente conta com o conselho de ministros, assessores e secretários¹¹.

A responsabilidade de tal Poder é a de implementar, ou executar as leis, usualmente tem a obrigação de manter as relações do país com as outras nações, manter as forças armadas, e administrar órgãos públicos como por exemplo os bancos¹².

O Poder Legislativo é direcionado ao congresso, câmaras, parlamento ou assembléia, isso de acordo com o sistema de cada país. Tal Poder é responsável pela elaboração das normas de direito de abrangência geral, ou seja, pela criação das leis. Entre as funções está a de fiscalizar o Poder Executivo, verificar a veracidade de orçamentos públicos, e em determinadas situações julgar pessoas como o Presidente da República ou os próprios membros do legislativo¹³.

⁹ Conhecido como Charles Montesquieu, filósofo, cientista político e escritor francês, nasceu em 18 de janeiro de 1689 em La Brède, na França, foi um dos grandes precursores do pensamento iluminista.

¹⁰ Inteligência Política. Disponível em: <www.mundoeducacao.com> acesso em 19 de out. 2013

¹¹ Ibidem.

¹² Três Poderes. Disponível em: <www.portalbrasil.net> acesso em 19 de out. 2013.

¹³ Ibidem.

O Poder Legislativo é representado pelo Congresso Nacional e realizado na Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e também são definidos por votação direta¹⁴.

E o Poder Judiciário, é responsável pelo órgão jurídico, ao cumprimento das leis¹⁵. Tal Poder é direcionado aos juízes para julgar conflitos ocorridos em consequência de lei estabelecida pelo Poder Legislativo e aplicá-las aos envolvidos decidindo baseada em provas, quem deve ser punido¹⁶.

A função desse Poder é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais. Para isso tem autonomia administrativa e financeira garantidas pela Constituição Federal¹⁷.

3.1 ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO

Os órgãos que constituem o Poder Judiciário são: O Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, e incluído pela Emenda Constitucional nº. 45/04 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

3.1.1 Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF), é o órgão máximo do Poder Judiciário, exerce a função de corte constitucional, pois tem a competência de guarda da Constituição Federal, conforme define o art. 102 da Constituição. É composto por 11 ministros nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pelo Plenário do Senado Federal¹⁸.

¹⁴ Inteligência Política. Disponível em: <www.mundoeducacao.com> acesso em 19 de out. 2013

¹⁵ Charles Montesquieu. Disponível em: <www.infoescola.com> acesso em 19 de out. 2013

¹⁶ Três Poderes. Disponível em: <www.portalbrasil.net> acesso em 19 de out. 2013

¹⁷ Poder Judiciário. Disponível em: <www.brasil.gov.br> acesso em 19 de out. 2013

¹⁸ Órgão do Poder Judiciário. Disponível em: <www.senado.gov.br> acesso em 17 de out. 2013

Entre as suas atribuições está a de julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro¹⁹.

3.1.2 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado pela Constituição Federal de 1988, e é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo território nacional. Sua competência é prevista no art. 105 da Constituição²⁰.

O STJ é a última instância da Justiça, para as causas infraconstitucionais, ou seja, aquelas que não são relacionadas diretamente com a Constituição. Por ser o órgão de superposição da Justiça Federal comum e das justiças estaduais ordinárias²¹, tal órgão aprecia causas em todas as vertentes jurisdicionais não especializadas²².

3.1.3 Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais

Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais são órgãos da Justiça Federal. Esta última julga, entre outras, as causas em que forem parte a União, autarquia, ou empresa pública federal²³. Compete aos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, julgar os conflitos de competência entre os Juízes vinculados ao Tribunal, e decidirem em grau de recurso, as causas apreciadas em primeira instância pelos Juízes Federais e Estaduais no exercício da competência federal²⁴.

3.1.4 Tribunais e Juízes do Trabalho

¹⁹ Conheça o STF. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 19 de out. 2013.

²⁰ Atribuições do STJ. Disponível em: <www.stj.gov.br> acesso em 19 de out. 2013.

²¹ Órgão do Poder Judiciário. Disponível em: <www.senado.gov.br> acesso em 17 de out. 2013.

²² Atribuições do STJ. Disponível em: <www.stj.gov.br> acesso em 19 de out. 2013.

²³ Poder Judiciário do Brasil. Disponível em: <<http://www.enm.org.br>> acesso em: 19 de out. 2013.

²⁴ Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais. Disponível em: <www.stj.jus.br> aceso em: 20 de out. 2013.

Os órgãos da Justiça do Trabalho são o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e os Juízes do Trabalho. Tais órgãos são competentes para processar e julgar as causas oriundas das relações do trabalho²⁵. O Tribunal Superior do Trabalho detém competência de promover a uniformidade das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho. Estes últimos julgam em segundo grau de jurisdição, os recursos contra decisões proferidas pelos Juízes do Trabalho, e estes por sua vez, formam o primeiro grau de jurisdição da Justiça do Trabalho²⁶.

3.1.5 Tribunais e Juízes Eleitorais

Fazem parte do grupo dos Tribunais e Juízes Eleitorais, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais. Compete à Justiça Eleitoral julgar as causas de questões específicas da legislação eleitoral ademais, desempenha um papel administrativo, de organização e normatização das eleições no país²⁷.

O TSE tem a função de uniformizar as decisões da Justiça Eleitoral. Dessa forma, julga os recursos que têm divergência na interpretação de lei entre os Tribunais Regionais Eleitorais. Estes por sua vez decidem em grau de recurso as causas apreciadas em primeiro grau pelos Juízes Eleitorais.

3.1.6 Tribunais e Juízes Militares

Compõem a Justiça Militar, o Superior Tribunal Militar (STM) e os Tribunais e Juízes Militares. Esse ramo da Justiça tem competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

No Brasil a Constituição organizou a Justiça Militar dividindo Estados e União. A Justiça Militar da União, tem competência para julgar oficiais e praças das

²⁵ Poder Judiciário do Brasil. Disponível em: <<http://www.enm.org.br>> acesso em: 19 de out. 2013.

²⁶ Tribunais e Juízes do Trabalho. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 19 de out. 2013.

²⁷ Poder Judiciário do Brasil. Disponível em: <<http://www.enm.org.br>> acesso em: 19 de out. 2013.

Forças Armadas, e a Justiça Militar dos Estados, tem competência para julgar oficiais e praças das Corporações Militares Estaduais, qual seja, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, que são forças auxiliares e reservas do Exército, subordinadas ao governo do Estado²⁸.

Ainda, a Justiça Estadual está presente em todos os Estados e no Distrito Federal. O primeiro grau é constituído por Juiz de Direito, que se responsabiliza pelos atos de ofício. Em segundo grau, a competência é exercida nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio grande do Sul, e nos demais Estados, a competência é dos Tribunais de Justiça estaduais²⁹.

3.1.7 Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios

Conforme a Constituição Federal, cabe aos Estados a organização da Justiça Estadual, e ainda, determina que a competência dos Tribunais deve ser definida na Constituição do Estado. Como regra geral, a Justiça Estadual compõem-se de duas instâncias, o Tribunal de Justiça e os Juízes Estaduais.

A competência dos Tribunais de Justiça, basicamente, é de, em grau de recurso, revisar as decisões dos juízes e, originalmente, processar e julgar as ações definidas na Constituição Estadual que tenham determinadas autoridades públicas como parte³⁰. Os integrantes dos Tribunais de Justiça são chamados de Desembargadores.

Aos Juízes Estaduais, compete processar e julgar, todas as causas que não estejam afetas à Justiça Federal e às Justiças Especiais. Estes Juízes são chamados de Juízes de Direito.

3.1.8 Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criado pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, que tem competência para controlar a atuação administrativa e

²⁸ Ibidem.

²⁹ Tribunais e Juízes Militares. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em 20 de out. 2013.

³⁰ Poder Judiciário do Brasil. Disponível em: <<http://www.enm.org.br>> acesso em: 19 de out. 2013.

financeira do Poder Judiciário e controlar o cumprimento dos deveres funcionais pelos Juízes.

3.2 CONTROLE ADMINISTRATIVO DO JUDICIÁRIO

No dia 26 de março de 1992, surgiu uma proposta de Emenda Constitucional na Câmara dos Deputados apresentada pelo Deputado Hélio Bicudo, com intuito de remodelar a estrutura do Poder Judiciário (BAGATINI, 2011).

Tal proposta foi aprovada somente no dia 17 de novembro do ano de 2004 (LENZA, 2005) após aperfeiçoamentos.

Representando uma espécie de carro chefe da denominada Reforma do Judiciário a Emenda Constitucional nº. 45/2004 (BAGATINI, 2011), introduziu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com a finalidade de controlar externamente tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público.

3.2.1 O Conselho Nacional de Justiça

A Emenda nº. 45/2004 atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça a competência para controlar a atuação administrativa e financeira do Judiciário e controlar também o cumprimento dos deveres funcionais dos seus juízes, cabendo-lhe, além de outras que venham a ser conferidas em lei³¹.

O CNJ tem previsão legal no art. 103-B da Constituição Federal, e suas atribuições se encontram no parágrafo 4º deste artigo:

Art. 103-B. [...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes,

³¹ Qual é a competência do CNJ? Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em 09 de out. 2013.

cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2012).

Conforme Júlia Bagatini (2011), “independente de discussões o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que o CNJ possui natureza jurídica administrativa de controle interno, consoante ADIN nº 3.367-DF”.

3.2.1.1 Composição do CNJ

De forma híbrida, o Conselho Nacional de Justiça é composto por quinze conselheiros, sendo três indicados pelo Supremo Tribunal Federal, três indicados pelo Superior Tribunal de Justiça, três pelo Tribunal Superior do Trabalho, dois indicados pelo Procurador-Geral, dois pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e dois cidadãos de notório saber jurídico e de conduta ilibada, indicados pela Câmara dos Deputados e Senado Federal (BAGATINI, 2011).

Sua Composição está elencada no Art. 103-B da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Com essa distribuição, têm-se nove magistrados, dois membros do Ministério Público, dois membros da classe dos advogados e dois cidadãos de notório saber jurídico e conduta ilibada³².

Portanto, a estrutura do CNJ se dá pelo presidente, pelo corregedor e por treze conselheiros.

Todos os conselheiros são indicados, exceto o Ministro do STF, que será o próprio Presidente da Corte. Sendo os indicados aprovados por maioria absoluta no Senado Federal, são nomeados pelo Presidente da República (BRASIL, 1988)³³.

3.2.1.2 CNJ e suas atribuições

O Supremo já reconheceu o poder normativo do CNJ, acrescentando que entre as atribuições deste Conselho está a de regular assuntos “*in abstracto*”, antecipando, “por meio de Resoluções, o seu juízo acerca da validade ou invalidade de uma dada situação fática”³⁴. Foi utilizado o art. 59 da Constituição Federal como argumento processual em que o CNJ possui competência para editar atos normativos primários, como, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

³² Composição do CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br> acesso em 15 de out. 2013

³³ BRASIL. Constituição, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 18 de out. 2013

³⁴ Medida Cautelar em Mandado de segurança 32.077 Distrito Federal. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br>> acesso em 27 de out. 2013.

Cabe lembrar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública, instituída para aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário, principalmente ao controle e à transparência administrativa e processual³⁵.

E um aspecto importante para entender esse Conselho são as atribuições conferidas a ele.

A base de suas atribuições está legalmente prevista no art. 103-B, §4º da Constituição Federal/88, no entanto, o Estatuto da Magistratura pode dar outras atribuições ao Conselho, conforme o que estabelece a própria Constituição.

Todas as atribuições são de cunho administrativo, mas, podem ser divididas em: políticas, de ouvidoria, correicionais, disciplinares, sancionatórias, informativas e propositivas (BAGATINI, 2011).

Na forma política, o CNJ, tem a função de zelar pela autonomia do Poder Judiciário, ou seja, são as metas feitas pelo próprio Conselho para concretização de suas atribuições primordiais, que é a garantia da autonomia e independência do Poder Judiciário, é a busca constante de zelar pela liberdade de domínio e ação do Poder Judiciário, sem interferência dos outros Poderes, quais sejam Legislativo e Executivo (BAGATINI, 2011).

Na forma de política regulamentar, importa em disciplina interna do funcionamento do Conselho, sem, inovar a ordem jurídica, pois dessa forma estaria usando as prerrogativas do Poder Legislativo, o que de forma alguma é a função do CNJ. Na forma de política mandamental, como o próprio nome pressupõe, tem o sentido de ordem aos integrantes do judiciário, ou seja, as recomendações de providências devem ser obedecidas. E a de economia interna refere-se a sua própria administração, como por exemplo, a elaboração do regimento interno, no qual consta a especificação de atribuições de seus órgãos internos (BAGATINI, 2011).

As atribuições administrativas em forma de ouvidorias facilitam o acesso a Justiça, dão transparência, efetividade e celeridade processual, pois as ouvidorias recebem reclamações em sentido amplo, como por exemplo, a demora injustificada dos andamentos processuais, e eventualmente alguma obscuridade na solução de litígios, recebem sugestões, denúncias, e após, encaminham as manifestações aos setores competentes³⁶.

³⁵ Três letras que trabalham pela eficiência. Disponível em: www.cnj.jus.br> acesso em 26 de set 2013

³⁶ Atribuições e Limitações. Disponível em: www.cnj.jus.br> acesso em 25 de out. 2013.

Ainda sobre as atribuições, no art. 103-B, §4, inciso III da Constituição, estão elencadas as atribuições correicionais, ou disciplinares, e a função correicional deste órgão é exercida pelo membro que for Ministro do Superior Tribunal de Justiça. A título de exemplo, no ano de 2005 foi baixada a Resolução de nº. 7 do CNJ a qual veda a prática de nepotismo em todos os órgãos do Poder Judiciário (NERY, 2006, apud, BAGATINI, 2011)³⁷.

A atribuição sancionatória, está descrita no art. 103-B, § 4, III da CF/88, em que:

Art. 103-B. [...]

§ 4º Compete ao Conselho [...]

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

Ou seja, é quando a Constituição deixa clara a possibilidade de o Conselho remover, colocar em disponibilidade ou aposentar membros do Poder Judiciário, bem como funcionários, prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados³⁸.

3.2.1.3 Estrutura organizacional do CNJ

O Regimento Interno é muito claro, no que diz respeito a sua estrutura organizacional do CNJ.

São órgãos do Conselho Nacional de Justiça: o plenário, a presidência, a corregedoria nacional de justiça, as comissões e a secretaria geral.

O Plenário é composto pelos quinze conselheiros empossados. E as sessões, conforme o que estabelece o art. 54 e seguintes do Regimento Interno do CNJ, podem ser ordinárias ou extraordinárias, é semelhante ao funcionamento da Câmara dos Deputados. As sessões do Plenário, conforme o artigo acima descrito

³⁷ BAGATINI, Júlia. Conselho Nacional de Justiça: um controle administrativo do poder judiciário. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> acesso em 25 de out. 2013.

³⁸ BRASIL. Constituição, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 18 de out. 2013.

deverão ser obrigatoriamente, públicas, haja vista a transparência do Judiciário, mas, em caso de sigilos constitucionais ou em caso de preservação a intimidade poderão ser privativas (BAGATINI, 2011).

A Presidência é do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Este é indicado para exercer um mandato de dois anos. As atribuições do Presidente estão no artigo 6º do Regimento Interno do CNJ³⁹.

A Corregedoria Nacional de Justiça é exercida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Todas as atribuições do Corregedor estão definidas na Constituição Federal, no § 5º do art. 103-B, e regulamentadas no artigo 31 do Regimento Interno do CNJ. Mas, basicamente, o Corregedor Nacional de Justiça tem o papel de exercer o controle disciplinar e promover a correta administração da justiça, delegando atribuições e instruções e zelando pelo bom funcionamento dos serviços judiciários. É também papel do Corregedor, apurar os fatos trazidos ao seu conhecimento e levar à apreciação do Plenário do CNJ as questões relacionadas à atividade judiciária que se apresentem como graves e que possam macular a imagem do Judiciário frente ao cidadão⁴⁰.

E a Secretaria Geral é aquela que presta assistência a todos os Órgãos do Conselho, e é diretamente subordinada a Presidência. É a Secretaria Geral que edita regulamento especificando as atribuições deste órgão. A Secretaria Geral também está regulamentada, através da Portaria nº. 9, de 7 de novembro de 2005⁴¹.

3.2.2 O Conselho Nacional do Ministério Público

Ao contrário do que a maioria da sociedade acredita o Ministério Público não foi criado para defesa do Estado, dos governos ou do particular. Sua função é defender os direitos da sociedade, não apenas de uma pessoa, ou de um pequeno grupo, mas, as causas de interesse coletivo, como por exemplo, os direitos individuais indisponíveis, o direito à vida, à liberdade⁴².

³⁹ Presidência. Disponível em: www.cnj.jus.br acesso em 18 de out. 2013.

⁴⁰ Atribuições da Corregedoria. Disponível em: www.cnj.jus.br acesso em 18 de out. 2013.

⁴¹ Regulamento Geral da Secretaria Geral. Disponível em: www.cnj.jus.br acesso em 18 de out. 2013.

⁴² Guia do Ministério Público de Santa Catarina. Disponível em: www.mpsc.mp.br acesso em 17 de out. 2013.

O Ministério Público também é responsável por defender a Democracia e garantir que a Constituição não seja contrariada⁴³, além de atuar contra abusos e omissões das administrações públicas.

Na esfera judicial o Ministério Público também atua como fiscal da lei, o chamado “*custos legis*”.

Por ser uma instituição independente dos três Poderes, torna-se comum a confusão entre este e o Poder Judiciário, pois fazem parte do mesmo sistema⁴⁴. E mesmo sendo uma instituição autônoma o Ministério Público está sujeito à fiscalização externa. Essa fiscalização é feita pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) também foi criado pela Emenda Constitucional nº. 45/04 com a chamada Reforma do Judiciário. Tal Conselho está regulado no art. 130-A da Constituição Federal/88, e possui as mesmas diretrizes fixadas para o Conselho Nacional de Justiça (STRECK; SARLET; CLÈVE)⁴⁵. Conforme art. 130-A, § 2º, I e II da Constituição Federal/88⁴⁶:

Art. 130-A. [...]

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

Portanto, tal Conselho foi implantado para ter o controle externo do Ministério Público (STRECK; SARLET; CLÈVE)⁴⁷. Sua atribuição está em controlar a atuação administrativa e financeira de todos os Ministérios Públicos e fiscalizar o

⁴³ Funções do MP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br>> acesso em 14 de out. 2013.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>> acesso em: 09 de out. 2013.

⁴⁶ BRASIL, Constituição, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 18 de out. 2013.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>> acesso em: 09 de out. 2013.

cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, respeitando a autonomia da instituição⁴⁸.

Segundo Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clemerson Merlin Clève⁴⁹, as diretrizes que norteiam ambos os Conselhos são idênticas, o que difere é que no caso do CNJ a competência é de zelar pelo Estatuto da Magistratura, enquanto no CNMP tal questão não está explicitamente estabelecida.

Seguindo este núcleo essencial, pode-se notar que estruturalmente os dois Conselhos aproximam as instituições: Magistratura e Ministério Público (STRECK; SARLET; CLÈVE)⁵⁰.

3.2.2.1 Composição do CNMP

Expresso na Constituição Federal, em seu Art. 130-A⁵¹ e seus incisos, o CNMP é órgão de composição híbrida, compõe integrantes do Judiciário, Legislativo, Ordem dos Advogados do Brasil e ainda Presidência da República, que por não poder indicar, é responsável por nomear.

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I o Procurador-Geral da República, que o preside;

II quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III três membros do Ministério Público dos Estados;

IV dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

⁴⁸ Guia do MP. Disponível em: <portal.mp.sc.gov.br> acesso em 14 de out. 2013.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br> acesso em: 09 de out. 2013.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br> acesso em: 09 de out. 2013.

⁵¹ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br> acesso em 17 de out. 2013

VI dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Portanto o Conselho Nacional do Ministério Público é composto por quatorze conselheiros. Estes são indicados por suas instituições de origem e precisam como o CNJ da aprovação do Senado Federal e da Presidência da República para assumir o cargo. O presidente do CNMP é o procurador-geral da República, e a gestão dos Conselheiros é de dois anos, podendo ser reconduzido ao cargo por mais um mandato⁵².

Conforme ensina Maia (2006), o status constitucional do Conselho, o coloca em posição similar ao do Supremo Tribunal Federal, pois o art. 52, inciso II da Constituição⁵³, confere competência ao Senado Federal para processar e julgar os membros do CNMP em crime de responsabilidade:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Deste artigo se extrai a assertiva de que o membro do CNMP, a exemplo dos membros do CNJ, gozam das mesmas prerrogativas dos demais elencados no mesmo inciso.

3.2.2.2 CNMP e suas atribuições institucionais

Cabe ao Conselho orientar e fiscalizar todos os ramos do Ministério Público brasileiro, quais sejam: o Ministério Público da União (MPU), que é composto pelo Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público Militar (MPM), Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e o Ministério Público dos Estados (MPE)⁵⁴.

O papel do Conselho Nacional do Ministério Público está determinado no § 2º do art. 130-A da Constituição Federal:

⁵² Conselheiros. Disponível em: <www.cnmp.mp.br> acesso em 18 de out. 2013.

⁵³ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br> acesso em 17 de out. 2013.

⁵⁴ Conheça o CNMP. Disponível em: <www.cnmp.mp.br> acesso em 18 de out. 2013.

Art. 130-A [...]

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

Portanto, ao CNMP, cabe adotar medidas de fiscalização e correição, promovendo o acompanhamento das irregularidades administrativas e financeiras, com observância do cumprimento das funções institucionais do MP, sem ferir a autonomia da instituição.

Além disso, por força do inciso I, § 2º do art. 130-A, pode afirmar que o CNMP além de instrumento de controle externo da atividade do Ministério Público, constitui-se de órgão garantidor das prerrogativas funcionais do MP (MAIA, 2006).

Contudo, conforme Maia (2006), a natureza jurídica do CNMP o classifica como, órgão autônomo, de composição mista, encarregado de controlar externamente as atividades do Ministério Público brasileiro, podendo adotar medidas que sejam necessárias para coibir irregularidades, tanto administrativas, como financeiras e funcionais no âmbito dos MPs, sem comprometer a autonomia funcional, ao contrário, zelando por ela.

4 CASAMENTO HOMOAFETIVO E O POSICIONAMENTO DA 13ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA

4.1 CASAMENTO E O SEU RITO

O sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito ao casamento, reveste-se de algumas particularidades, dentre as quais se destacam a solenidade, em que são atribuídas algumas finalidades e fórmulas ditadas por leis, a diversidade de sexos, que pela legislação brasileira só permite o casamento entre um homem e uma mulher, a dissolubilidade, que surge no direito brasileiro através da regulamentação do divórcio, que permite a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, e a monogamia em que o homem não poder ter mais de uma mulher e a mulher não pode ter mais de um homem (PENA JR., 2008).

Ante a importância social do matrimônio e dos efeitos por ele produzidos, prevê o legislador algumas formalidades que devem ser obedecidas, uma vez que deve ater-se às prescrições formais de ordem pública, que demonstram a capacidade nupcial ou a habilitação dos nubentes (DINIZ, 2008).

No tocante à habilitação, esta tem como finalidade comprovar que os nubentes preenchem os requisitos que a lei estabelece para o ato. É por meio deste processo que as partes demonstram estar em condições de controlar as justas núpcias (GONÇALVES, 2011).

Tal processo corre perante o Oficial de Registro Civil do domicílio dos noivos, e o requerimento da habilitação será instruído com os documentos elencados no artigo 1.525 do CC, em que:

- Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:
- I – certidão de nascimento ou documento equivalente;
 - II – autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal

estiverem, ou ato judicial que a supra;

III – declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhece-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV – declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V – certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio (BRASIL. Código Civil, 2002).

Uma vez apresentados tais documentos pelos nubentes, o oficial do Registro Civil do domicílio de qualquer um deles, irá verificar se os documentos estão em ordem e os remeterá ao Ministério Público que verificará se todos os pressupostos legais foram acatados (DINIZ, 2008).

O art. 1.526 do Código Civil estabelece que:

Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.

Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz (BRASIL. Código Civil, 2002).

Ou seja, cabe ao Ministério Público analisar se existe alguma irregularidade na documentação, e havendo qualquer irregularidade no processo de habilitação, pode o MP oferecer impugnação. Neste caso os autos serão remetidos ao juiz, para analisar os fatos e solucioná-los, não cabendo recurso para a decisão (DINIZ, 2008).

Mas, se a documentação estiver em ordem, não havendo oposição do MP, será expedido o edital de proclamas, com o prazo de quinze dias. A habilitação será certificada, e o rito seguirá normalmente, até o juiz de paz realizar a cerimônia (LISBOA, 2009).

O próximo tópico vai analisar a decisão do STF sobre a possibilidade de pessoas do mesmo sexo terem sua união reconhecida como entidade familiar.

4.2 ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS MINISTROS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4.277 E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 132

Na data de 04 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF)

interrompeu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que era discutida a equiparação de pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, prevista no artigo 1.723 do Código Civil, qual seja, a União Estável⁵⁵.

Dispõe tal artigo:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família⁵⁶.

Tal interrupção ocorreu depois que o relator, ministro Carlos Ayres Britto, julgou procedentes a ADI 4277 e a ADPF 132, em que dá ao artigo acima, a interpretação conforme a Constituição Federal/88 em seu artigo 226, § 3º, em que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

Ou seja, equiparou a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que preenchidos os outros requisitos, quais sejam: da convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir de família.

Com base nesta decisão, o Conselho Nacional de Justiça, que tem como presidente o presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, criou a Resolução de nº. 175, de 14 de maio de 2013⁵⁷, que veda,

Art. 1º [...] às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Essa resolução tem como fundamento, tornar efetiva a decisão do STF acima descrita que reconheceu a legalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo⁵⁸.

⁵⁵ União Homoafetiva: Julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em: <oimpressionista.wordpress.com> acesso em 26 de out. 2013.

⁵⁶ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br acesso em 26 de out. 2013.

⁵⁷ Resolução nº. 175, 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em: 29 de ago. 2013.

⁵⁸ HAIDAR. Rodrigo. Fux extingue processo que contesta casamento gay. Disponível em: <www.conjur.com.br> acesso em 27 de out. 2013.

4.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277

A ADI 4277, foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), com pedido de reconhecimento de entidade familiar sobre união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, com objetivo de formar família⁵⁹.

A sustentação usada pela PGR foi de que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar fere os princípios da dignidade humana, previsto logo no 1º artigo, inciso III, da Constituição Federal/88, o princípio da igualdade, previsto pelo artigo 5º, da vedação de discriminação odiosa, previsto no artigo 3º, inciso V, princípio da liberdade e princípio da proteção à segurança jurídica, ambos previstos pelo caput do artigo 5º, todos da Constituição Federal/88⁶⁰.

Com o mesmo objetivo, a ADPF 132 foi ajuizada pelo governo do Rio de Janeiro. Com a alegação de que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade, e dignidade humana⁶¹.

A decisão de ambas foi tomada no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, na data de 05 de maio de 2011, a qual foi reconhecida à união estável para casais do mesmo sexo⁶².

4.2.2 O Voto

O voto dos Ministros ocorreu no dia 4 e 5 de maio de 2011, quem deu início foi o Ministro Relator Carlos Ayres Britto na data de 04 de maio de 2011, e foi precedido de manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), da Procuradoria-Geral da República (PGR) e de diversas entidades representativas de homossexuais pela procedência das duas ações⁶³.

⁵⁹ ADI/4277. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 24 de out. 2013.

⁶⁰ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 26 de out. 2013.

⁶¹ ADPF/132. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 24 de out. 2013.

⁶² União Homoafetiva: Julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em: <oimpressionista.wordpress.com> acesso em 26 de out. 2013.

⁶³ Ibidem.

O Ministro ressaltou que “há uma diferença fundamental” entre o artigo 1.723 do Código Civil e o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal. O primeiro, comporta mais de uma interpretação, e uma delas, se encontra em rota de colisão com a Constituição, enquanto a Constituição Federal fornece elementos suficientes para eliminar uma interpretação reducionista.

Ainda, na sustentação do voto, Ayres Britto disse que em nenhum dos dispositivos da Constituição Federal que tratam da família, está proibida a formação que tenha relação homoafetiva⁶⁴.

Britto (2011)⁶⁵, afirmou ainda, o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal/88 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que dessa forma, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função da preferência sexual.

Preliminarmente, julgou prejudicada parcialmente a ADPF nº 132, conhecendo como Ação Direta de Inconstitucionalidade. E no mérito, julgou procedentes as duas ações, e disse que o artigo 1.723 do Código Civil, deve ter a mesma,

[...] interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”⁶⁶.

E por fim, que o reconhecimento deve ter as mesmas regras e conseqüências da união estável heteroafetiva.

O segundo a votar pela união homoafetiva foi o ministro Luiz Fux. O voto se deu na data de 05 de maio de 2011, acompanhando o entendimento do ministro Ayres Britto, no sentido de equiparar a união homoafetiva à união estável prevista no artigo 1.723 do Código Civil, citou inclusive, inúmeros princípios constitucionais que garantem esse direito aos casais homossexuais. Afirmou ainda, que no momento em que a Constituição consagrou a união estável, não quis excluir a união homoafetiva. Alterando, portanto, a afirmação de que a Constituição somente permitiria o

⁶⁴ Pleno. Discussão sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo (1/5). Disponível em: <<http://www.youtube.com>> acesso em 26 de out. 2013.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Voto. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 26 de out. 2013.

reconhecimento da união entre homem e mulher com uma emenda do Congresso⁶⁷.

O terceiro voto a favor foi da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, que logo no início da fala afirmou que o STF tem a função “precípua de defender e garantir os direitos constitucionais”. E ainda, que “todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito”⁶⁸.

O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do relator, e em seu voto, fez a observação de que durante a Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, o assunto foi discutido intensamente, pois estavam surgindo interpretações jocosas sobre o texto supostamente admitir a união homossexual como família, e por esse motivo, na época os constituintes fizeram questão de deixar claro que a família só seria constituída por união estável entre heterossexuais⁶⁹.

Pelo fato de não existir previsão constitucional para casais homossexuais, Lewandowski disse que cabe aplicar a analogia, ou seja, enquadrar na legislação mais próxima, até que seja definitivamente regulada por lei aprovada pelo Congresso Nacional⁷⁰.

O quinto ministro a votar foi Joaquim Barbosa, e também julgou procedente as duas ações em que se discute o reconhecimento da união para casais do mesmo sexo.

Barbosa⁷¹, afirma em seu voto que o fundamento constitucional não está no artigo 226, parágrafo 3º, mas, em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais. Segundo ele, a Constituição estabelece de forma clara o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos e em nenhum momento ela faz menção ou proíbe o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas.

Disse ainda, que comunga do entendimento do relator Ayres Britto de que a Constituição prioriza a proteção dos direitos fundamentais e acolheu, o princípio da vedação de todo tipo de discriminação, reafirmando o princípio da igualdade, da

⁶⁷ Pleno. STF reconhece união estável em relação homoafetiva (1/6). Disponível em: <<http://www.youtube.com>> acesso em 26 de out. 2013.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Voto. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 26 de out. 2013.

⁷⁰ Voto. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 26 de out. 2013.

⁷¹ União Homoafetiva: Julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em: <oimpressionista.wordpress.com> acesso em 26 de out. 2013.

dignidade da pessoa humana, da não discriminação⁷².

O sexto voto do Supremo Tribunal Federal foi do ministro Gilmar Mendes. Segundo o ministro a ideia de opção sexual está contemplada pelo exercício de liberdade e do direito de personalidade, ou seja, cada indivíduo autodesenvolver sua personalidade. Acrescentou ainda, que no caso de uma lacuna legal, que é o resultado do silêncio do Congresso Nacional, a Corte Constitucional deve garantir a proteção da união homoafetiva, em respeito aos direitos fundamentais.

O ministro ressaltou ainda, que seu voto se limita a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por aplicação analógica, sem de forma alguma se pronunciar sobre outros desdobramentos⁷³.

A ministra Ellen Gracie, proferiu o sétimo voto a favor da união homoafetiva, acompanhando integralmente o relator. Assinalou que a evolução do direito aos homossexuais teve início há anos, e acrescentou que todos os países da Europa ocidental possuem entendimento neste sentido. E fez uso das palavras do espanhol Luis Zapatero, em que, “não estamos legislando para pessoas distantes e desconhecidas, estamos alargando as oportunidades de felicidade para nossos vizinhos, nossos colegas de trabalho, nossos amigos e nossa família”⁷⁴.

A ministra finalizou seu voto dizendo que o Supremo, restaura a dignidade, e liberdade dos homossexuais, reconhecendo seus direitos.

O ministro Marco Aurélio, foi oitavo a votar a favor da constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conforme a Constituição Federal.

Em seu voto, o ministro observou que a Constituição Federal prevê como objetivo fundamental o de promover o bem de todos, sem preconceitos⁷⁵.

O ministro Celso de Mello, também acompanhou o voto do ministro relator, e se manifestou no sentido de ser obrigatório o reconhecimento, desde que preenchidos os requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, estendendo dessa forma, às pessoas do mesmo sexo.

Para o ministro ninguém pode ser privado de seus direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de orientação sexual. Disse ainda,

⁷² Voto. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 26 de out. 2013.

⁷³ Pleno. STF reconhece união estável em relação homoafetiva (3/6). Disponível em: <http://www.youtube.com> acesso em 26 de out. 2013.

⁷⁴ União Homoafetiva: Julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em: <oimpressionista.wordpress.com> acesso em 26 de out. 2013.

⁷⁵ Voto. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 26 de out. 2013.

que mesmo a lei não tratando do tema, os juízes não podem fechar os olhos a essa realidade. Portanto, se os requisitos das uniões heterossexuais estão presentes, a existência de vínculos de solidariedade, amor e de projetos de vida em comum, se impõe o reconhecimento das uniões homoafetivas, merecendo integral amparo do Estado⁷⁶.

O Judiciário foi chamado para garantir o exercício da liberdade e igualdade, conforme garante os direitos fundamentais, dessa forma, até que o legislador regule essas proteções, incumbe ao Poder Judiciário assegurar aos casais homoafetivos os mesmos direitos que merecem as demais uniões.

Sustenta ainda durante o seu voto que, “não pode o estado conviver com o estabelecimento de diferenças entre cidadãos com base em sua sexualidade”, disse ainda que a decisão do STF dessas duas ações é um passo significativo contra essa discriminação, viabilizando a consolidação de uma ordem jurídica inclusiva⁷⁷.

4.3 O POSICIONAMENTO DA 13ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Muito se falou devido às impugnações que a 13ª Promotoria de Justiça de Santa Catarina tem ofertado ao chamado casamento homoafetivo.

Houve portanto, um esclarecimento à imprensa sobre o motivo de tais impugnações.

Primeiramente, o titular da 13ª Promotoria de Justiça de Santa Catarina, afirmou que o posicionamento nada tem de preconceituoso⁷⁸. Afirmou ainda, que todas as leis que versam da matéria, quais sejam, o art. 1º da Lei nº. 9.278⁷⁹, de 10 de maio de 1996 que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

⁷⁶ Pleno. STF reconhece união estável em relação homoafetiva (3/6). Disponível em: <<http://www.youtube.com>> acesso em 26 de out. 2013.

⁷⁷ Pleno. STF reconhece união estável em relação homoafetiva (3/6). Disponível em: <<http://www.youtube.com>> acesso em 26 de out. 2013.

⁷⁸ LIMONGI. Henrique. Casamento Gay – Telegráfica Nota à Imprensa. Disponível em: <www.acaert.com.br> acesso em 18 de out. 2013.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº. 9.278, 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 27 de out. 2013.

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Os arts. 1.514 e 1.723, *caput* do Código Civil⁸⁰ em que:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

E o art. 226, §3º da Constituição Federal⁸¹,

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Têm estampado que a união estável se dará entre homem e mulher, portanto, o que é visto como polêmico é marcadamente jurídico, fundado em letra de lei⁸².

Ainda, com relação à Resolução nº. 175 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento, ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo⁸³, o Promotor afirma que em questão da Hierarquia das Normas, a Resolução não pode de forma alguma, se impor à Lei, menos ainda, à Constituição Federal⁸⁴.

Por fim, o ultimo argumento utilizado pela Promotoria foi de que o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito

⁸⁰ BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 27 de out. 2013.

⁸¹ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 27 de out. 2013.

⁸² LIMONGI. Henrique. Casamento Gay – Telegráfica Nota à Imprensa. Disponível em: <www.acaert.com.br> acesso em 18 de out. 2013.

⁸³ Resolução nº. 175, 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em: 29 de ago. 2013.

⁸⁴ LIMONGI. Henrique. Casamento Gay – Telegráfica Nota à Imprensa. Disponível em: <www.acaert.com.br> acesso em 18 de out. 2013.

Fundamental (ADPF) 132, jamais cogitou o casamento, se limitando apenas, à União Estável⁸⁵.

Apresentados os argumentos técnicos da Promotoria, cabe analisar se há uma ofensa ao que disciplinou a Corte Constitucional e o que estabelece a própria Constituição Brasileira.

Como visto no tópico anterior, a decisão do STF tomada conjuntamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, acabou reconhecendo a união estável homoafetiva como entidade de família. Reconhecimento este, que deve ter as mesmas regras e conseqüências da união estável heteroafetiva⁸⁶.

No tocante à Resolução do CNJ, o titular da 13ª Promotoria de Justiça de Santa Catarina, tem total liberdade de impugnação, visto que não se trata de uma resolução conjunta entre CNJ e CNMP. Nota-se que a mesma foi exclusiva do CNJ, não alcançando o Ministério Público, que é um poder independente. Desta forma, os seus integrantes têm total liberdade de não seguir a resolução.

Houve, portanto, por parte da Promotoria acima descrita, uma interpretação literal⁸⁷ da Constituição Federal e do próprio Código Civil. Interpretação esta que vem ocorrendo em âmbito nacional dentro do Ministério Público, pois outras impugnações vêm ocorrendo pelo país, semelhantes ao da 13ª Promotoria de Justiça de Santa Catarina, como por exemplo, a impugnação da 2ª Promotoria de Justiça de Manhuaçu, Minas Gerais, em que:

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE MANHUAÇU/ MG.

HABILITAÇÃO: WCM E RDR.

Trata-se de pedido de habilitação de casamento formulado pelos nubentes. Consta que os requerentes são do mesmo sexo, qual seja, masculino. Tem-se que não é possível a celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, existe a possibilidade, no entanto, de se lavrar escritura pública de união estável, caso seja interesse dos conviventes, conforme o disposto no Provimento nº 223/CGJ/2011 da Corregedoria-Geral de Justiça [...]Considerando o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, os quais regulam a união estável;

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Voto. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 26 de out. 2013.

⁸⁷ O método literal ou gramatical consiste na apuração da significação exata das palavras e da linguagem, utilizando os elementos puramente verbais, analisando-as individualmente e na sintaxe. Enfim, completa-se com a análise do texto. Disponível em: <www.jus.com.br> acesso em: 02 de nov. 2013.

Considerando a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, nos autos da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, em que se reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-se aos conviventes homoafetivos os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável heterossexual; [...] opina o Ministério Público pela **NÃO REALIZAÇÃO** do casamento, devendo se lavrar escritura pública de união estável, caso seja interesse dos conviventes, nos termos do Provimento nº 223/CGJ/2011 da Corregedoria-Geral de Justiça [...]. (MG, Promotora Geannini Maelli Mota Miranda, 05/03/2013).

Todavia, alguns Ministérios Públicos, se manifestam favorável à conversão de União Estável Homoafetiva em Casamento Civil como se nota no parecer ministerial da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora, também do Estado de Minas Gerais,

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE JUIZ DE FORA
AUTORS Nº 145.11.040.636-3.

Meretíssima Juíza,

Cuida-se de pedido **communis consensus** de Conversão de União Estável Homoafetiva em Casamento Civil deduzida pelo aposentado LCG, 61 anos, e pelo autônomo DTC, 27, solteiros, residentes nesta cidade, por meio de defensor comum, sob o pálio da Lei de Assistência Judiciária, a pretexto de que, convivendo afetivamente desde 17 de junho de 2005, desejam transformar em casamento civil a união homoafetiva mantida de forma pública e notória [...].

[...] trouxeram cópias de identidade civil, de título de eleitor, de carteira de trabalho, de certidão de nascimento, de comprovantes de residência, de título de propriedade imobiliária; de escritura de declaração de convivência (fls. 14/32), além de declarações de próprio punho de ausência de impedimento para o matrimônio (fls. 34/35), declarações de testemunha sobre a convivência **more uxório** (fls. 37/38), e seis fotografias em conjunto (fls. 40/42).

[...] Isto posto, relatados, vai o parecer conclusivo deste atende ministerial como **custos legis**, na forma do art. 82, item II, do Código de Processo Civil – CPC -, favorável ao acolhimento da pretensão deduzida, data vênua.

Como é sabido, sobreveio com a nova norma constitucional, em seu art. 226, §3, o conceito de entidade familiar, assim considerada a união estável e pública entre homem e mulher, como se fossem marido e mulher, cabendo à legislação infraconstitucional regulamentar a forma de convertê-la em casamento para transformá-la em família. Com o advento do novel Código Civil – CC -, merece ser ressaltado que, querendo regularizar do convívio **more uxório**, poderão os conviventes requerer ao juízo a conversão da entidade familiar em família, sem necessidade de percorrer os trâmites burocráticos do casamento, à luz do art. 1.726 do **codex civilis**.

Deste modo, ao intérprete cabe verificar a presença dos requisitos caracterizadores da união estável: [...]

No caso em tela, com lastro em histórica decisão do STF, os casal postulante inova ao se apresentar, ambos do mesmo sexo, para o reconhecimento judicial da convivência **more uxório** e sua transformação em casamento civil, não tendo, desse jeito, o requisito da diversidade de sexo [...].

[...] cogito que a questão posta aqui não demanda indagação mais profunda diante de seu enfrentamento pela Suprema Corte, onde o tema foi exaurido,

como sói acontecer naquela Casa, com o reconhecimento unânime de que as regras e conseqüências da união estável heteroafetiva são aplicáveis aos pares do mesmo sexo, com eficácia **erga omnes** e efeito vinculante (Emenda Constitucional nº 45/2004, art. 102,0§ 2º).

Tendo sido ou não correta e adequada à Constituição Federal vigente, certo é que a Excelsa Corte deliberou uniformemente sobre o direito das pessoas do mesmo sexo terem reconhecida à convivência **more uxório**, e nesta toada, utilizando-se da técnica denominada interpretação conforme, reconheceu que o artigo 1.723 do CC, que trata da união estável, deve ser aplicado conforme o § 3º do art. 226 da CF, estendendo, portanto, os efeitos desta união estável também para os que se enquadrarem nesta categoria ainda que composta por casais do mesmo sexo.

[...] Lição que merece ser invocada é a doutrina de Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, ao tratar da constitucionalidade do casamento homoafetivo, anotando que “O direito ao casamento homossexual já se encontra garantido na interpretação jurídica das regras constitucionais e da legislação em geral; considerando que o princípio da isonomia veda discriminações arbitrárias, considerando que é arbitrária a discriminação das uniões homoafetivas relativamente às uniões heteroafetivas pela ausência de motivação lógico-racional que a sustente, especialmente no que tange à negativa do acesso ao casamento civil àquelas pela mera homogeneidade de sexos do casal; considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana veda que o ser humano seja instrumentalizado para a promoção de uma conduta idealizada pelo Estado quando não haja motivação lógico-racional que isto justifique, em menosprezo aos projetos de vida não-coerentes com tal idealização; considerando que a negativa do casamento civil homoafetivo implica em menosprezo aos projetos de vida daqueles que vivem em uniões homoafetivas por isto passar a sinistra mensagem segundo a qual elas não seriam merecedoras do regime jurídico do casamento civil; considerando que o princípio da liberdade real exige que as pessoas não sejam discriminadas por suas escolhas de vida, como aquela decorrente do assumir-se enquanto cidadão homossexual em um relacionamento homoafetivo; considerando que a negativa do casamento civil homoafetivo enseja discriminação atentatória ao princípio da liberdade real; considerando essas questões, tem-se que o casamento civil homoafetivo é uma decorrência direta da interpretação dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real, que impões o reconhecimento de uma interpretação evolutiva do Direito que reconheça as uniões homoafetivas como famílias conjugais e lhes reconheça, portanto, os direitos ao casamento civil e à união estável, tendo em vista que elas são pautadas pelo mesmo amor familiar que justifica a proteção destes regimes jurídicos às uniões amorosas, donde tem-se que o acesso de casais homoafetivos ao casamento civil decorre da aplicação direta das normas constitucionais na interpretação da lei do casamento civil” (A Constitucionalidade do Casamento Homossexual, 1ª edição, São Paulo, Editora LTr, 2008, pp. 23, 114 e 140).

[...] **Ex positis**, forte nos arts. 226, § 3º, da CF, 1.521, 1.723 e 1.726 do Código Civil, na ADI nº 4.277-RJ e ADPF nº 132-DF, ambas do STF, opina este agente ministerial favoravelmente ao acolhimento da pretensão deduzida por LCG e DTC, declarando convertida em casamento a união estável existente [...]. (MG, Autos nº 145.11.040.636-3, Rel. Promotor Paulo Sérgio de Castro Botelho, j. 10/12/2011).

Mesmo com várias impugnações ocorrendo pelo país, a tendência nos Ministérios Públicos é a manifestação favorável e inclusive a vigilância para o fiel cumprimento da resolução do CNJ.

5 METODOLOGIA

5.1 MÉTODO DE ABORDAGEM

Método dedutivo.

5.2 MÉTODO AUXILIAR

Método histórico.

5.3 TÉCNICAS DE PESQUISA

Pesquisa teórica, bibliográfica, prescritiva e qualitativa.

6 CONCLUSÃO

Pôde ser constatado ao longo deste trabalho, que o objetivo principal foi alcançado.

Direito é interpretação. E mesmo fundamentado de forma pobre, o titular da 13ª Promotoria de Justiça do Estado de Santa Catarina, não pode ser punido administrativamente, pois o procedimento deixa clara a sua função, ou seja, não sendo acatados os pressupostos legais da habilitação de casamento, ele pode oferecer impugnação.

Quanto a Resolução nº 175 do CNJ, os Promotores não tem obrigação de acatar. Tal resolução foi exclusiva do CNJ sem qualquer colaboração do CNMP. Ainda, tal regulamentação fora criada para os notários e registradores, não se estendendo, portanto ao Ministério Público, e enquanto não houver uma uniformização dentro do CNMP, tal órgão continua sendo independente e autônomo.

Dessa forma fica uma indagação a ser pensada.

Existe por parte do STF um reconhecimento em que pessoas do mesmo sexo podem constituir família através da União Estável. Parece evidente que essas pessoas teriam acesso ao casamento pela modalidade de conversão, mas, tão somente por esta modalidade.

Diante desta conclusão lógica, cria-se um inegável rompimento ao já tratado princípio da isonomia, pois no Estado brasileiro, ter-se-ia cidadãos heterossexuais com a total liberdade de opção na forma de constituir a sua família e cidadãos homossexuais que seriam obrigados a passar por uma primeira forma de entidade familiar para só então ter acesso ao casamento.

Ademais, chama atenção de que questões meramente procedimentais e de foro íntimo, ainda passem pelo crivo do MP, instituição que a Constituição Federal atribui questões de alta relevância, não devendo, portanto, ser obstáculo para a liberdade do indivíduo de escolher seu arranjo familiar.

Por fim, pode-se notar que enquanto alguns promotores se limitam à interpretação literal da Lei, se baseando apenas na letra da norma jurídica, outros utilizam à interpretação lógico-sistemática, buscando compreendê-la em conexão com as demais normas jurídicas como parte integrante de um todo.

REFERÊNCIAS

ADI/4277. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 24 de out. 2013.

ADPF/132. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 24 de out. 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

ATRIBUIÇÕES da Corregedoria. Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em 18 de out. 2013.

ATRIBUIÇÕES do STJ. Disponível em: <www.stj.gov.br> acesso em 19 de out. 2013.

ATRIBUIÇÕES e Limitações. Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em 25 de out. 2013.

BAGATINI, Júlia. **Conselho Nacional de Justiça: um controle administrativo do poder judiciário.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> acesso em 25 de out. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Priscila de Oliveira Stuque; CLEMENTINO, José Carlos. **Hierarquia das leis.** 2011. Disponível em: <<http://fgh.escoladenegocios.info>> acesso em: 05 de out. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 574.

BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 27 de out. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <> Acesso em 5 de out. 2013.

BRASIL. Lei nº. 9.278, 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br> acesso em 27 de out. 2013.

CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. **ADCT: função e interpretações práticas.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em 5 de out. 2013.

CHARLES Montesquieu. Disponível em: <www.infoescola.com> acesso em 19 de out. 2013.

CONHEÇA o CNMP. Disponível em: <www.cnmp.mp.br> acesso em 18 de out. 2013.

CONHEÇA o STF. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 19 de out. 2013.

CONSELHEIROS. Disponível em: <www.cnmp.mp.br> acesso em 18 de out. 2013.

CRETELLA JR., José. **Elementos de direito constitucional.** 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 204.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 183

_____. **Manual de direito das famílias.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59-60, 62, 186-187.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & e justiça.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito.** 5ª. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013, p. 168-170.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito:** introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 308-309.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** 5º Direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FEITOSA, I. B. **As uniões homoafetivas e os princípios e garantias constitucionais,** 2011. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>> acesso em 11 de nov. 2012.

FERREIRA, Adriano de Assis. **Postagens de introdução ao direito.** São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.introducaoaoDireito.info>> acesso em: 05 de out. 2013.

FONTES do Direito. Disponível em <<http://tstanavanda.wikispaces.com>> acesso em 03 de out. 2013.

FUNÇÕES do MP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br>> acesso em 14 de out. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIA do Ministério Público de Santa Catarina. Disponível em: <www.mpsc.mp.br> acesso em 17 de out. 2013.

GUIA do MP. Disponível em: <portal.mp.sc.gov.br> acesso em 14 de out. 2013.

HAIDAR, Rodrigo. **Fux extingue processo que contesta casamento gay.** Disponível em: <www.conjur.com.br> acesso em 27 de out. 2013.

INTELIGÊNCIA Política. Disponível em: <www.mundoeducacao.com> acesso em 19 de out. 2013.

LENZA, Pedro. **Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004.** Esquematização das principais novidades. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6463>> acesso em: 15 de out. 2013.

LIMONGI, Henrique. **Casamento Gay – Telegráfica Nota à Imprensa.** Disponível em: <www.acaert.com.br> acesso em 18 de out. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** Direito de família e sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MAIA, Eduardo de Sousa. **A natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público.** Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br>> acesso em 19 de out. 2013.

MASCARO, Alysso Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual.** São Paulo: LTR, 2008, p. 26.

MEDIDA Cautelar em Mandado de segurança 32.077 Distrito Federal. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br>> acesso em 27 de out. 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 35ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 142, 148.

NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual – Proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Lenice Iolanda de. **A Lei e a Instrução Normativa, A força da Instrução Normativa**. Disponível em <<http://www.rochamarques.com.br/artigos>> acesso em 06 de out. 2013.

ÓRGÃO do Poder Judiciário. Disponível em: <www.senado.gov.br> acesso em 17 de out. 2013.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br>> acesso em 19 de set. 2013.

PLACIDINA, F. **Direitos fundamentais sociais frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br>>. Acesso em 11 de nov. 2012.

PLENO. Discussão sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo (1/5). Disponível em: <<http://www.youtube.com>> acesso em 26 de out. 2013.

PLENO. STF reconhece união estável em relação homoafetiva (1/6). Disponível em: <<http://www.youtube.com>> acesso em 26 de out. 2013.

PLENO. STF reconhece união estável em relação homoafetiva (3/6). Disponível em: <<http://www.youtube.com>> acesso em 26 de out. 2013.

PODER Judiciário do Brasil. Disponível em: <<http://www.enm.org.br>> acesso em: 19 de out. 2013.

PODER Judiciário. Disponível em: <www.brasil.gov.br> acesso em 19 de out. 2013.

PRESIDÊNCIA. Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em 18 de out. 2013.

QUAL é a competência do CNJ? Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em 09 de out. 2013.

REGULAMENTO Geral da Secretaria Geral. Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em 18 de out. 2013.

RESOLUÇÃO nº. 175, 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br> acesso em: 29 de ago. 2013.

ROCHA, Zélio Maia da. **O direito constitucional e o novo tratado internacional.** 2005. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com>> acesso em 06 de out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 p. 35-36.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> acesso em 08 de ago. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).** Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>> acesso em: 09 de out. 2013.

TERRA, Rosane Barcellos. **Fontes do direito.** 2012. Disponível em: <www.unifra.br> acesso em 13 de nov. 2013

TRÊS letras que trabalham pela eficiência. Disponível em: www.cnj.jus.br> acesso em 26 de set 2013.

TRÊS Poderes. Disponível em: <www.portalbrasil.net> acesso em 19 de out. 2013.

TRIBUNAIS e Juízes do Trabalho. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 19 de out. 2013.

TRIBUNAIS e Juízes Militares. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em 20 de out. 2013.

TRIBUNAIS Regionais Federais e Juízes Federais. Disponível em: <www.stj.jus.br> aceso em: 20 de out. 2013.

UNIÃO Homoafetiva: Julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em: <oimpressionista.wordpress.com> acesso em 26 de out. 2013.

VIANA, Fabiano. **Fontes do direito,** 2000. Disponível em: <<http://educandoopolicial.blogspot.com.br>> acesso em: 02 de out. 2013.

VOTO. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 26 de out. 2013.

ANEXO(S)

ANEXO A – Resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013.

ANEXO B – Posicionamento da 13º Promotoria de Justiça de Santa Catarina.

ANEXO C – Telegráfica Nota à Imprensa da 13º Promotoria de Justiça de Santa Catarina.

ANEXO D - Posicionamento da 2ª Promotoria de Justiça de Manhuaçu/MG.

ANEXO E – Posicionamento da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora/MG.

ANEXO A – Resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013.

RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013.

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo nº. 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável

em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro Joaquim Barbosa

Presidente

ANEXO B – Posicionamento da 13ª Promotoria de Justiça de Santa Catarina.

Comarca de Capital – 13ª Promotoria

Habilitação de Casamento

Cuida-se de pedido de habilitação de casamento que aportou nesta promotoria por remessa da Serventia de Paz do Distrito de Santo Antônio de Lisboa.

Em se tratando de situação, por óbvio, indisputavelmente anômala, posto protagonizada por pessoas do mesmo sexo – o chamado casamento gay ou, para ser “politicamente correto”, união *homoafetiva* -, refugindo, assim, dos mais comezinhos parâmetros de normalidade, o signatário oficia, não levando em conta o teor – faculdade cometida ao órgão ministerial - do Ato nº 103/2004, expedido pela Procuradoria-Geral de Justiça.

À pretensão deduzida, sem mais.

Com clareza de fustigar a visão - a dispensar, assim, fogosos malabarismos exegéticos ou extenuantes ensaios de hermenêutica -, o ordenamento jurídico em vigor no país prestigia a união estável ou entidade familiar, sim, se compostas por **homem e mulher!**

Como no Código Civil de 2002 – arts. 1.514 e 1.723, *caput*.

Como na Lei nº 9.278/1996, art. 1º.

E como, notadamente, na Constituição da República – Lei Maior – art. 226, § 3º.

Resta **impugnada** a habilitação de casamento submetida a referendo, *ex positis*.

Florianópolis, 23 de novembro de 2011

Henrique Limongi
Promotor de Justiça

ANEXO C – Telegráfica Nota à Imprensa da 13ª Promotoria de Justiça de Santa Catarina.

Casamento Gay – Telegráfica Nota à Imprensa

Frente às equivocadas informações que têm vindo à baila por conta de impugnações, que temos ofertado, ao assim chamado “casamento gay” – ou união homoafetiva, ao talante de quem lê -, entendemos por bem esclarecer:

1) O posicionamento por nós adotado nada tem de “preconceituoso”, ou “homofóbico”. É epíteto raivoso. Gratuito. Obra dos desafetos da livre (art. 5º, IV, da Carta Magna) manifestação do pensamento, adversários de ocasião da independência funcional (art. 127, § 1º, da Constituição Federal) outorgada ao Ministério Público. Ora, se todas as leis que versam a matéria – Lei n. 9.278/96, art 1º; Código Civil, arts. 1.514 e 1.723, *caput*; Constituição Federal, art. 226, § 3º - estampam que a união estável se dará entre homem E mulher, fácil constatar que o parecer (nada a ver com “decisão”, própria da magistratura) havido como “polêmico” é marcadamente jurídico, fundado em postura estritamente legalista.

Acena-se com Resolução (nº 175) do Conselho Nacional de Justiça. Ocorre – é curial, em tema de Hierarquia das Normas – que Resolução não pode, jamais, se impor à Lei – muito menos à Lei das Leis, a Carta da República.

2) Se tal não bastasse, evoca-se, ainda, o julgamento do Supremo Tribunal Federal alusivo à União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Bem de ver, todavia, que jamais se cogitou, na mais alta Corte do País – em recente

entrevista, o ilustrado Ministro Gilmar Mendes foi peremptório, a respeito -, de “Casamento”. Limitou-se, o julgado, à União Estável. Mais nada. Nada mais.

Florianópolis, 23 de agosto de 2013.

Henrique Limongi

Promotor de Justiça

ANEXO D – Posicionamento da 2ª Promotoria de Justiça de Manhuaçu/MG.

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE MANHUAÇU/ MG.

HABILITAÇÃO: WCM E RDR.

Trata-se de pedido de habilitação de casamento formulado pelos nubentes.

Consta que os requerentes são do mesmo sexo, qual seja, masculino.

Tem-se que não é possível a celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, existe a possibilidade, no entanto, de se lavrar escritura pública de união estável, caso seja interesse dos conviventes, conforme o disposto no Provimento nº 223/CGJ/2011 da Corregedoria-Geral de Justiça:

“PROVIMENTO Nº 223/CGJ/2011

Dispõe sobre a realização de atos notariais e registrais relativos à união estável

O Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, consoante o disposto no art. 23 da Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, com as alterações da Lei Complementar nº 85, de 28 de dezembro de 2005, e nos termos do artigo 16, inciso XIV, da Resolução nº 420, de 1º de agosto de 2003, com a redação dada pela Resolução nº 530, de 5 de março de 2007, da Corte Superior do Tribunal de Justiça, que dispõe sobre o Regimento Interno do Tribunal de Justiça,

Considerando o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, os quais regulam a união estável;

Considerando a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, nos autos da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, em que se reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-se aos conviventes homoafetivos os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável heterossexual;

Considerando, ainda, as inúmeras consultas apresentadas a esta Corregedoria Geral de Justiça sobre o tema, revelando a necessidade de regulamentação e uniformização dos atos notariais e de registro relativos à matéria, bem como o que restou decidido nos autos do Processo nº 49644/CAFIS/2011;

Provê:

Art. 1º Os atos notariais e de registro relativos à união estável observarão o disposto neste Provimento.

Parágrafo único. Para os fins dos atos tratados neste Provimento, considera-se como união estável aquela formada pelo homem e pela mulher, bem como a mantida por pessoas do mesmo sexo, desde que configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 2º Faculta-se aos conviventes, plenamente capazes, lavrarem escritura pública declaratória de união estável, observando o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil.

§ 1º Para a prática do ato a que se refere o caput deste artigo, as partes poderão ser representadas por procurador, desde que munido de procuração pública com poderes específicos para o ato, outorgada há no máximo 90 (noventa) dias.

§ 2º Se a procuração mencionada no § 1º deste artigo houver sido outorgada há mais de 90 (noventa) dias, deverá ser exigida certidão do serviço notarial onde foi passado o instrumento público do mandato, dando conta de que não foi ele revogado ou anulado.

Art. 3º A escritura pública declaratória de união estável conterá os requisitos previstos no § 1º do art. 215 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, sem prejuízo de outras exigências legais.

Art. 4º É necessária a apresentação dos seguintes documentos para lavratura da escritura pública declaratória de união estável:

- I – documento de identidade oficial dos declarantes;
- II – Cadastro de Pessoas Físicas – CPF dos declarantes;
- III – certidão de nascimento, quando se tratar de pessoa solteira, ou, então, certidão de casamento, com averbação da separação ou do divórcio, se for o caso, expedida há no máximo 90 (noventa) dias, de ambos os conviventes;
- IV – certidões, escrituras e outros documentos necessários à comprovação da propriedade dos bens e direitos, se houver.

Parágrafo único. Os documentos necessários à lavratura da escritura pública declaratória de união estável devem ser arquivados na respectiva serventia, no original ou em cópia autenticada.

Art. 5º Na escritura pública declaratória de união estável, deverão as partes declarar expressamente a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, nos termos do artigo 1.723, segunda parte, do Código Civil, bem como que:

- I – não incorrem nos impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil, salvo quanto ao inciso VI, quando a pessoa casada se achar separada de fato, judicial ou administrativamente;
- II – não são casadas ou que não mantêm outro relacionamento com o objetivo de constituição de família.

Art. 6º Na escritura pública declaratória de união estável, as partes poderão deliberar de forma clara sobre as relações patrimoniais, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil, inclusive sobre a existência de bens comuns e de bens particulares de cada um dos conviventes, descrevendo-os de forma detalhada, com indicação da matrícula e registro imobiliário.

Art. 7º O tabelião deve orientar os declarantes e fazer constar da escritura pública a ressalva quanto a eventuais erros, omissões ou direitos de terceiros.

Parágrafo único. Havendo fundado indício de fraude, simulação ou prejuízo e em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, o tabelião poderá apresentar recusa de praticar o ato, fundamentando-a por escrito, em observância aos princípios da segurança e eficácia que regem a atividade notarial e registral.

Art. 8º A escritura pública declaratória de união estável poderá ser registrada no serviço do registro de títulos e documentos do domicílio dos conviventes, nos termos do artigo 127, inciso VII, da Lei Federal nº 6.015/1973.

Art. 9º Uma vez lavrada a escritura pública declaratória de união estável, poderão os conviventes realizar, no serviço de registro de imóveis, os seguintes atos:

I – registro da instituição de bem de família, nos termos dos artigos 167, inciso I, item 1, da Lei Federal nº 6.015/1973;

II – averbação, na matrícula, da escritura pública declaratória de união estável, nos termos do artigo 246, caput, da Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. Para a prática do referido mencionado no caput deste artigo, deverá ser apresentada a escritura pública declaratória de união estável, bem como o respectivo comprovante de registro no serviço do registro de títulos e documentos.

Art. 10 Os emolumentos e a taxa de fiscalização judiciária devidos pela prática dos atos notariais e de registro tratados neste Provimento obedecerão ao previsto na Lei Estadual nº 15.424, de 30 de dezembro de 2004.

Art. 11 É vedada a lavratura de ata notarial para fins de caracterização de união estável.

Art. 12 Este provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2011.
(a) Desembargador Antônio Marcos Alvim Soares
Corregedor-Geral de Justiça

Disponibilizado no Diário do Judiciário eletrônico de 15 de dezembro de 2011.”

Assim, opina o Ministério Público pela **NÃO REALIZAÇÃO** do casamento, devendo se lavrar escritura pública de união estável, caso seja interesse dos conviventes, nos termos do Provimento nº 223/CGJ/2011 da Corregedoria-Geral de Justiça.

Manhuaçu, 05 de março de 2012.

GEANNINI MAELLI MOTA MIRANDA
PROMOTORA DE JUSTIÇA

ANEXO E – Posicionamento da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora/MG.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora

Autos nº 145.11.040.636-3

Meritíssima Juíza,

Cuida-se de pedido **communis consensus** de Conversão de União Estável Homoafetiva em Casamento Civil deduzido pelo aposentado LCG, 61 anos, e pelo autônomo DTC, 27, solteiros, residentes nesta cidade, por meio de defensor comum, sob o pálio da Lei de Assistência Judiciária, a pretexto de que, convivendo afetivamente desde 17 de junho de 2005, desejam transformar em casamento civil a união homoafetiva mantida de forma pública e notória, com militância em organização não –governamental de apoio às pessoas do mesmo sexo desta cidade. Com a conversão, pretendem manter cada um seu nome de solteiro, adotar o regime de comunhão universal de bens, tendo como termo inicial da união estável a data antes declinada.

Com a inicial trouxeram cópias de identidade civil, de título de eleitor, de carteira de trabalho, de certidão de nascimento, de comprovantes de residência, de título de propriedade imobiliária; de escritura de declaração de convivência (fls. 14/32), além de declarações de próprio punho de ausência de impedimento para o matrimônio (fls. 34/35), declarações de testemunha sobre a convivência **more uxório** (fls. 37/38), e seis fotografias em conjunto (fls. 40/42).

O pedido teve fundamento em decisão do Supremo Tribunal Federal – STF – no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 132-RJ proferida em 05 de maio do ano em curso.

Autuado e registrado, vai o parecer conclusivo deste atende ministerial como **custos legis**, na forma do art. 82, item II, do Código de Processo Civil – CPC -, favorável ao acolhimento da pretensão deduzida, data vênia.

Como é sabido, sobreveio com a nova norma constitucional, em seu art. 226, § 3, o conceito de entidade familiar, assim considerada a união estável e pública entre homem e mulher, como se fossem marido e mulher, cabendo à legislação infraconstitucional regulamentar a forma de convertê-la em casamento para transformá-la em família. Com o advento do novel Código Civil – CC -, merece ser ressaltado que, querendo regularizar do convívio **more uxório**, poderão os conviventes requerer ao juízo a conversão da entidade familiar em família, sem necessidade de percorrer os trâmites burocráticos do casamento, à luz do art. 1.726 do **codex civilis**.

Deste modo, ao intérprete cabe verificar a presença dos requisitos caracterizadores da união estável: diversidade de sexo, convivência pública, contínua e **affectio maritalis** (art. 1.723), bem como a ausência de impedimentos para o casamento (art. 1.521), além naturalmente, da manifestação conjunta de vontades para a conversão (art. 1.726), a fim de permitir a convolação da entidade familiar em casamento.

No caso em tela, com lastro em histórica decisão do STF, o casal postulante inova ao se apresentar, ambos do mesmo sexo, para o reconhecimento judicial da convivência **more uxório** e sua transformação em casamento civil, não tendo, desse jeito, o requisito da diversidade de sexo antes apontada.

Sem adentrar a enorme discussão doutrinária e jurisprudencial que se tem sobre a relação homoafetiva, seu reconhecimento com entidade familiar e a possibilidade da conversão em casamento civil, cogito que a questão posta aqui não demanda indagação mais profunda duante de seu enfrentamento pela Suprema Corte, onde o tema foi exaurido, como sói acontecer naquela casa, com o reconhecimento unânime de que as regras e conseqüências da união estável heteroafetiva são aplicáveis aos pares do mesmo sexo, com eficácia **erga omnes** e efeito vinculante (Emenda Constitucional nº 45/2004, art. 102, § 2º).

Tendo sido ou não correta e adequada à Constituição Federal vigente, certo pe que a Excelsa Corte deliberou uniformemente sobre o direito das pessoas do mesmo sexo terem reconhecida a convivência **more uxório**, e nesta toada, utilizando-se da técnica denominada interpretação conforme, reconheceu que o artigo 1.723 do CC, que trata da união estável, deve ser aplicado conforme o §3 do art. 266 da CF, estendendo, portanto, os efeitos desta união estável também para os que se enquadrarem nesta categoria ainda que composta por casais do mesmo sexo. Temos que nos curvar ao **decisum** da Augusta Corte, máxime em face do regime democrático vigente, a admitir a discordância e a crítica, mas o cumprimento da decisão da corte constitucional é inafastável.

Lição que merece ser invocada é a doutrina de Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, ao tratar da constitucionalidade do casamento homoafetivo, anotando que “O direito ao casamento homossexual já se encontra garantido na interpretação jurídica das regras constitucionais e da legislação em geral; considerando que o princípio da isonomia veda discriminações arbitrárias, considerando que é arbitrária a discriminação das uniões relativamente às uniões heteroafetivas pela ausência de motivação lógico-racional que a sustente, especialmente no que tange à negativa do acesso ao casamento civil àquelas pela mera homogeneidade de sexos do casal; considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana veda que o ser humano seja instrumentalizado para a promoção de uma conduta idealizada pelo Estado quando não haja motivação lógico-racional que isto justifique, em menosprezo aos projetos de vida não-coerentes com tal idealização; considerando que a negativa do casamento civil homoafetivo implica em menosprezo aos projetos de vida daqueles que vivem em uniões homoafetivas por isto passar a sinistra mensagem segundo a qual elas não seriam merecedoras do regime jurídico do casamento civil; considerando que o princípio da liberdade real exige que as pessoas não sejam discriminadas por suas escolhas de vida, como aquela decorrente do assumir-se enquanto cidadão homossexual em um relacionamento homoafetivo; considerando que a negativa do casamento civil homoafetivo enseja discriminação atentatória ao princípio da liberdade real; considerando essas questões, tem-se que o casamento civil homoafetivo é uma decorrência direta da interpretação dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real, que impõem o reconhecimento de uma interpretação

evolutiva do Direito que reconheça as uniões homoafetivas como famílias conjugais e lhes reconheça, portanto, os direitos ao casamento civil e à união estável, tendo em vista que elas são pautadas pelo mesmo amor familiar que justifica a proteção destes regimes jurídicos às uniões amorosas, donde tem-se que o acesso de casais homoafetivos ao casamento civil decorre da aplicação direta das normas constitucionais na interpretação da lei do casamento civil” (A Constitucionalidade do Casamento Homossexual, 1ª edição, São Paulo, Editora LTr, 2008, pp. 23, 114 e 140).

Não bastasse tais doughtas considerações, na esteira da decisão do STF, mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça – STJ – deliberou sobre o casamento de pessoas com igualdade de sexos, cassando decisão denegatória do Tribunal gaúcho, com o seguinte extrato: “Casamento. Pessoas. Igualdade. Sexo. In casu, duas mulheres alegavam que mantinham relacionamento estável há três anos e requereram habilitação para o casamento junto a dois cartórios de registro civil, mas o pedido foi negado pelos respectivos titulares. Posteriormente ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a vara de registros públicos e de ações especiais sob o argumento de que não haveria, no ordenamento jurídico pátrio, óbice para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Foi-lhes negado o pedido nas instâncias ordinárias. O Min. Relator aduziu que, nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a

dignidade das pessoas e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º). Logo, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio” (REsp 1.183.378-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgamento em 25/10/2011).

No caso em comento, cogito que todos os requisitos objetivos e subjetivos se fazem presentes, não remanescendo mínima dúvida da convivência do casal homoafetivo desde meados de 2005, estabelecida com o propósito de formar uma família, ainda que, naquele tempo, fora do casamento. A prova documental é firme em demonstrar a **animus** do casal, amealhando patrimônio, com domicílio comum, permitindo, inclusive, seja dispensada a prova oral. É o que basta a juízo de agente ministerial à luz de todo expendido, **concessa vênia**.

Ex positis, forte nos arts. 226, §3º, da CF, 1.521, 1.723 e 1.726 do Código Civil, na ADI nº 4.277-RJ e ADPF nº 132-DF, ambas do STF, opina este agente ministerial favoravelmente ao acolhimento da pretensão deduzida por LCG e DTC, declarando convertida em casamento a união estável existente, pelo regime de comunhão universal de bens, com determinação para a anotação em livro próprio do Registro Civil das Pessoas Naturais desta cidade, com termo inicial na data informada, mantidos os nomes dos cônjuges, na conformidade do Provimento CGJMG 133/2005, com a conseqüente extinção do processo na forma legal (CPC, art. 269, item I), reiterada vênia.

Juiz de Fora, 10 de dezembro de 2011.

Paulo Sérgio de Castro Botelho

2 PROMOTOR DE JUSTIÇA DA COMARCA